

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

HACIA UNA TEORÍA DEL ERROR EN MATERIA PENAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA EL

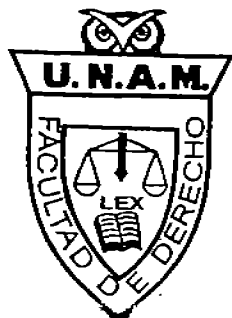
MAESTRO ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS

COMITÉ TUTORAL

DR. RICARDO FRANCO GUZMÁN

DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GÓMEZ

DRA. VERÓNICA ROMÁN QUIROZ



Ciudad Universitaria, 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo receptivo.

NOMBRE: Albeto E. Nava García

FECHA: 22- Septiembre-2003

FIRMA: P.A. [Signature]

México, D.F., a 30 de marzo de 2007

Señor Doctor Ruperto Patiño Manffer
Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho
Facultad de Derecho
P r e s e n t e

Muy estimado doctor Patiño:

De nuevo hacemos referencia al trabajo intitulado "Hacia una teoría del error en materia penal", elaborado por el maestro en Derecho don Alberto Enrique Nava Garcés, que presenta como tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho.

Al respecto le informamos que el citado trabajo ha sido completamente concluido 100%, por lo que consideramos que reúne los requisitos para que el referido maestro realice los trámites conducentes para presentar el examen de grado de doctor en Derecho.

Asimismo, proponemos para integrar el sínodo a los señores doctores en Derecho, Carlos Juan Manuel Daza Gómez, Verónica Román Quiroz, Ricardo Franco Guzmán, Raúl González-Salas Campos, Pedro Hernández Silva, Enrique Díaz Aranda y Moisés Moreno Hernández.

Consideramos pertinente que el revisor del trabajo señalado sea el doctor Pedro Hernández Silva.

Al comunicar a usted lo anterior, aprovechamos la oportunidad para saludarlo con el afecto de siempre.


Dr. Carlos Juan Manuel Daza Gómez


Dra. Verónica Román Quiroz


Dr. Ricardo Franco Guzmán

RICARDO FRANCO GUZMÁN
ABOGADO

Paseo de las Palmas 1355, Lomas de Chapultepec, 11010, México, D.F.
Teléfonos: 55-20-21-77, 55-40-11-24

México, D. F., a 24 de abril de 2007

Señor doctor

RUPERTO PATIÑO MANFFER

Jefe de la División de Estudios de Posgrado

Facultad de Derecho

Universidad Nacional Autónoma de México

P r e s e n t e

Muy estimado Doctor:

Me refiero al trabajo elaborado por el Maestro en Derecho **ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS**, quien presentó el trabajo intitulado "**HACIA UNA TEORÍA DEL ERROR EN MATERIA PENAL**", del cual he sido el tutor principal del Comité encargado de la dirección y revisión de dicho trabajo, el cual pretende ser sometido a examen que para obtener el grado de Doctor en Derecho, por lo que me permito informarle lo siguiente:

He examinado acuciosamente dicho trabajo y considero que cumple con los requisitos de forma y de fondo establecidos en la legislación universitaria para los efectos correspondientes; asimismo es preciso señalar que dicho trabajo fue materia del examen de candidatura al grado de Doctor en Derecho el 11 de septiembre de 2006 y del cual el autor ha tomado en cuenta e incorporado las observaciones que le hizo el sínodo en ese momento.



Por lo anterior emito el siguiente:

VOTO RAZONADO

El autor divide en cuatro grandes apartados el trabajo que nos ocupa, reservando los primeros al bagaje necesario para entender las bases del error. Así, hace una relación sucinta de la historia del principio de que "la ignorancia no exime del cumplimiento de la ley" y lleva estas ideas hasta el momento en que nuestra generación no sólo disolvió el principio aludido, sino hasta hizo una partición sobre el contenido del error. Ello implicó hacer una referencia a las distintas escuelas y corrientes filosóficas que han nutrido al Derecho Penal y lo han llevado al momento que ahora vive.

Bajo esa tesitura, Capítulo II se adentra en la composición de dos elementos que son el presupuesto de las formas de error: Tipo y Conocimiento de Antijuridicidad. Ambos elementos constituyen la base de estudio del error de tipo y el error de prohibición y son un producto de la ubicación del dolo fuera del concepto de la culpabilidad.

El Capítulo III lo dedica el autor al error de tipo y sus subclases, lo que permite revisar conceptos pertenecientes a esta clase de error y distinguirlos por sus rasgos característicos. En este apartado encontramos por ejemplo el error de subsunción y los vasos comunicantes con el error de prohibición, tal y como en su momento, al abordar el Capítulo IV lo relativo a esta clase en particular se vislumbra el problema del error en



los presupuestos fácticos en las causas de justificación y su íntima conexión con el error de tipo.

De manera esquemática el autor distingue al error de prohibición directo en inverso y aborda las posibles soluciones para determinar la evitabilidad del mismo.

Así, el doctorando aprovecha la oportunidad para apoyar la idea de la unificación de la ley penal en México, ya que observa en la partición de la ley penal una contradicción al principio de que todo ciudadano debe conocer el ámbito legal en el que se desarrolla. La referida multiplicidad hace imposible el cumplimiento de esta máxima, que no es sino el fundamento para el conocimiento de la antijuridicidad y, por ende, una vía para el error de prohibición.

Para la obra que ahora se presenta, el autor utiliza una abundante bibliografía sobre el tema en diversos países, en la que podemos observar un derrotero singular: comienza por citar a autores de nuestra lengua, destacando los méritos de juristas como Jiménez de Asúa y Jiménez Huerta, cuyo pensamiento trasciende hasta nuestros días. De igual modo, hace referencia a autores contemporáneos, alemanes, norteamericanos, españoles, etcétera, para arribar al final a la referencia de quienes le impartimos cátedra o bien son jóvenes plumas en México, lo que reitera su interés por divulgar el trabajo de sus contemporáneos en cualquier trinchera, ya en el foro, o en el salón de clase.





UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

La Universidad Nacional Autónoma de México, a través de la Dirección General de Estudios de Posgrado, certifica que el MTR. ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS, con número de cuenta 086404237, cuya fotografía aparece al margen, se encuentra inscrito en el Programa de Doctorado en Derecho, a partir del semestre 2005/II, ha sido autorizado a presentar el examen para obtener el reconocimiento de CANDIDATO AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO, para lo cual se designó al siguiente jurado:

DR. RICARDO FRANCISCO SUZMAN
DR. PEDRO HERRANDEZ SILVA
DR. CARLOS J. M. DEZA GOMEZ
DR. VERONICA ROMAN QUIROZ
DR. RAUL GUEZ-SALAS CAMPOS

NOMBRE DE LA TESIS:

"HACIA UNA TEORÍA DEL ERROR
EN MATERIA PENAL"

Quienes después de examinar al sustentante resolvieron aprobar la CANDIDATURA, en términos de lo dispuesto por los artículos 23 del Reglamento General de Estudios de Posgrado y 69 de las Normas Operativas del Programa, firmando a continuación



DR. FRANCISCO SUZMAN

DR. HERRANDEZ SILVA

DR. DEZA GOMEZ

DR. ROMAN QUIROZ

DR. GUEZ-SALAS

POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU

Cd. Universitaria, D. F. a 11 DE SEPTIEMBRE DE 2006

El suscrito, Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho certifica que las firmas son auténticas y corresponden a los profesores del jurado cuyos nombres aparecen en el acta.

Nombre y firma del Coordinador

DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER

Universidad Nacional Autónoma de México

Secretaría General

Dirección General de Administración Escolar

Unidad de Administración del Posgrado

HISTORIA ACADÉMICA



Nombre del Alumno **NAVA GARCES ALBERTO ENRIQUE**
 Número de Cuenta **86404237**
 Posgrado **DOCTORADO EN DERECHO**

Clave **7 - 5029**

Periodo	Plantel	Asignatura	Nombre Asignatura	Grupo	Calif.	No. Folio
2000-1	7	9902	INGLES TRADUCCION	0001	AC	7
2000-2	7	61336	SOCIOLOGIA JURIDICA	M002	10	10161783
2000-2	7	61338	TEORIA JURIDICA CONTEMPORANEA I	M002	9	10161786
2000-2	7	61360	DERECHO COMPARADO	M002	10	10161814
2000-2	7	61362	FILOSOFIA DEL DERECHO	M002	10	10161818
2001-1	7	61340	TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA	M006	8	10164165
2001-1	7	61341	TECNICAS JURISPRUDENCIALES	M006	10	10164169
2001-1	7	61342	TECNICAS LEGISLATIVAS	M006	10	10164172
2001-1	7	61355	DIDACTICA Y METODOLOGIA DE LA ENSEÑANZA SUPERIOR I	M006	10	10164190
2001-2	7	61229	TEORIA DE LA LEY PENAL (DERECHO PENAL)	M013	9	10171313
2001-2	7	61231	TEORIA DE LA CULPABILIDAD (DERECHO PENAL)	M013	9	10171316
2001-2	7	61308	EJECUCION DE SENTENCIAS (PROCURACION Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA)	M014	9	10371351
2001-2	7	61361	INVESTIGACION Y EXPRESION JURIDICA	M006	9	10171397
2002-1	7	61232	DERECHO PENITENCIARIO (DERECHO PENAL)	M016	10	10181679
2002-1	7	61233	CRIMINOLOGIA Y CRIMINALISTICA (DERECHO PENAL)	M016	10	10181681
2002-1	7	61234	PROCEDIMIENTO DEL FUERO COMUN (DERECHO PENAL)	M016	10	10181682
2002-1	7	61333	SEMINARIO DE TESIS	M007	10	10181704
2004-2	7	9962	TESIS DE MAESTRIA	0001	AC	0
2005-2	7	9997	ACTIVIDADES ACADEMICAS Y DE INV.	0001	AC	720052040
2006-1	7	9997	ACTIVIDADES ACADEMICAS Y DE INV.	0001	AC	720061047
2006-2	7	9997	ACTIVIDADES ACADEMICAS Y DE INV.	0001	AC	720062057



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO, UNAM.
Presente

Muy distinguido Doctor:

He tenido el honor de que el 30 de marzo del presente año, el Comité Tutelar encargado de la revisión de los trabajos de doctorado, me haya nombrado revisor del trabajo del Maestro en Derecho **ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS** denominado "**HACIA UNA TEORÍA DEL ERROR EN MATERIA PENAL**"; después de examinar el mismo, considero que reúne todos los requisitos estatutarios de exámenes, para que obtenga el grado de Doctor en Derecho; por lo que me estoy permitiendo informarle que una vez que examiné acuciosamente el mismo, tanto en la forma como en el fondo, como ya dije anteriormente reúne los requisitos señalados por la Legislación Universitaria.

Dicho trabajo fue materia de examen de candidatura al grado de Doctor en Derecho el 11 de septiembre del año próximo pasado, del cual el autor tomó en cuenta e incorporo las observaciones que se le hicieron, por toda esa razón dicho trabajo es satisfactorio y considero que es procedente se otorgue la autorización para que se imprima y sea objeto del examen correspondiente.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D.F., a 3 de mayo del 2007.

DR. PEDRO HERNÁNDEZ SILVA

PHS/gs.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER

Jefe de la División de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho UNAM.

Estimado señor Doctor:

Me refiero al oficio de fecha 25 de mayo del presente año, en el que se me comunica que tengo el honor de formar parte del sínodo que examinará al Maestro en Derecho **ALBERTO NAVA GARCÉS**, quien me hizo entrega de un trabajo denominado "**HACIA UNA TEORÍA DEL ERROR EN MATERIA PENAL**", debo decir que después de haber examinado el trabajo lo encontré novedoso y que toca temas de verdadera importancia del derecho, pues se refiere a lo siguiente:

En el primer capítulo da el marco conceptual y antecedentes del error que, como ya se ha dicho, es el tema de sus tesis, da la definición de lo que es la ignorancia y error, el error y la duda, error facti y error iuris, dando su etiología y su marco histórico, haciendo referencia a Grecia, Roma, al Derecho Germánico y al Derecho Canónico; a las clasificaciones del error, al error esencial de hecho, haciendo referencia a que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento.

En el capítulo segundo hace referencia al delito destacando lo relativo al dolo y conciencia de antijuridicidad, el conocimiento del delito, la teoría del mismo, la ubicación sistemática; hace referencia al tipo y a la tipicidad, a sus elementos, a los sujetos tanto activo como pasivo, al bien jurídico, a los elementos normativos y subjetivos del injusto, a los medios comisivos, a las clases de dolo, a la atipicidad, al tipo de error, a los delitos culposos, a la culpabilidad y desde luego ofrece sus posiciones al presupuesto de la pena.

En el capítulo tercero se refiere el autor al error de tipo, haciendo la distinción entre el error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición, a las opiniones de los hechos naturales e institucionales, haciendo referencia al error de objeto y de concepto, a la distinción entre error de derecho penal y error de derecho extra penal, señalando las opiniones de varios autores; al error del objeto sobre los elementos del tipo, el error en el sujeto activo o pasivo, el error en el objeto material, a los errores relevantes e irrelevantes, el error en los medios utilizados, el error sobre las circunstancias de lugar, tiempo u ocasión, al error sobre el elemento que agrava la pena, el error sobre los elementos normativos del tipo, la vencibilidad del error, las consecuencias jurídicas del error de tipo, a las tesis que hay sobre ello.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

En el capítulo cuarto hace referencia al error de prohibición y sus formas, al error sobre circunstancias objetivas presupuesto de una causa de justificación, a las eximentes de punibilidad, la defensa putativa, la evitabilidad del error de prohibición, las consecuencias jurídicas del error sobre la prohibición, las normas actuales en materia de error, el problema de la codificación penal en México, el error según los tribunales españoles y nuestro máximo tribunal, haciendo referencia a España, a la jurisprudencia, al concepto de error, su apreciación judicial, la prueba del error y luego hace referencia a México, señalando hacia una teoría del error en materia penal en el Derecho Mexicano, a los problemas del foro, la multiplicidad de ordenamientos y la falta de difusión de los mismos.

Señala acertadas conclusiones y da propuestas, es un trabajo completo, en mi concepto satisface los requisitos reglamentarios, por lo que vuelvo a repetir, al examinar dicho trabajo lo encuentro novedoso, útil y de gran aportación, por todas esas razones otorgo mi **VOTO RAZONADO APROBATORIO**, al ensayo realizado por el Maestro **ALBERTO NAVA GARCÉS**.

Atentamente.

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"

Cd. Universitaria, D.F., a 13 de junio del 2007.

DR. PEDRO HERNÁNDEZ SILVA

Phs/gs.

México, D. F., a 4 de junio de 2007.

Señor doctor

RUPERTO PATIÑO MANFFER

Jefe de la División de Estudios de Posgrado

Facultad de derecho de la

Universidad Nacional Autónoma de México

P r e s e n t e

Muy estimado doctor:

Me refiero al trabajo elaborado por el Maestro en Derecho **ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS**, quien presentó el trabajo intitulado **“HACIA UNA TEORÍA DEL ERROR EN MATERIA PENAL**, el cual pretende ser sometido a examen que para obtener el grado de Doctor en Derecho, como miembro del sínodo me permito emitir el siguiente:

V O T O R A Z O N A D O

El autor del trabajo divide en cuatro grandes apartados el trabajo que nos ocupa, reservando los primeros al bagaje necesario para entender las bases del error. Así, hace una relación sucinta de la historia del principio conocido “la ignorancia no exime del cumplimiento de la ley” y lleva estas ideas hasta el momento en que nuestra generación no sólo disolvió el principio aludido sino hasta hizo una partición sobre el contenido del error. Ello implicó hacer una referencia a las distintas escuelas y corrientes filosóficas que han nutrido al Derecho Penal y lo han llevado al momento que ahora vive.

Bajo esa tesitura, el segundo capítulo se adentra en la composición de dos elementos que son el presupuesto de las formas de error: Tipo y Conocimiento de Antijuridicidad. Ambos elementos constituyen la base de estudio del error de tipo y el error de prohibición y son un producto de la ubicación del dolo fuera del concepto de la culpabilidad. Lo que reitera el cambio en la dogmática a que el autor estaba acostumbrado.

El tercer capítulo lo dedica al error de tipo y sus subclases, lo que permite revisar conceptos pertenecientes a esta clase de error y distinguirlos por sus rasgos característicos. En este apartado encontramos por ejemplo el error de subsunción y los vasos comunicantes con el error de prohibición, tal y como en su momento, al abordar el cuarto capítulo lo relativo a esta clase en particular se vislumbra el problema del error en los presupuestos fácticos en las causas de justificación y su íntima conexión con el error de tipo.

De manera esquemática el autor distingue al error de prohibición directo en inverso y aborda las posibles soluciones para determinar la evitabilidad del mismo.

Así, el autor aprovecha la oportunidad para apoyar la idea de la unificación de la ley penal en México ya que observa en la partición de la ley penal una contradicción al principio de que todo ciudadano debe conocer el ámbito legal en el que se desarrolla. La referida multiplicidad hace imposible el cumplimiento de esta máxima, que no es sino el fun-

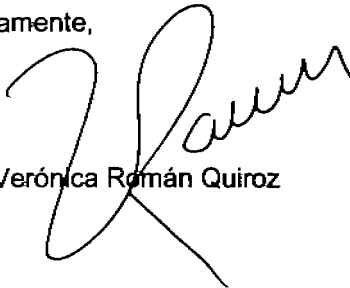
damento para el conocimiento de la antijuridicidad y por ende una vía para el error de prohibición.

Para la obra que ahora se presenta, el autor utiliza una abundante bibliografía sobre el tema en diversos países, Las fuentes de consulta destacan una abundante bibliografía sobre el tema en otros países, principalmente, España, y por lo que respecta a los aspectos dogmáticos, el autor cita a autores mexicanos y extranjeros, especialistas en la materia penal.

Por lo expuesto otorgo mi **VOTO APROBATORIO RAZONADO**, al trabajo realizado por el Maestro **ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS**.

Al comunicar a usted lo anterior aprovecho la oportunidad para saludarlo con el afecto de siempre.

Atentamente,



Dra. Verónica Román Quiroz



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circoito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria
Delegación Coyocacán, 04510 México, D.F.

Dr. RUPERTO PATIÑO MANFFER

Jefe de la División de Estudios de Posgrado

Facultad de derecho de la

Universidad Nacional Autónoma de México

P r e s e n t e

Muy estimado Doctor Patiño:

Me refiero al trabajo elaborado por el Maestro en Derecho **ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS**, quien presentó el trabajo intitulado **"HACIA UNA TEORÍA DEL ERROR EN MATERIA PENAL"**, el cual pretende ser sometido a examen que para obtener el grado de Doctor en Derecho, como miembro del sínodo me permito emitir el siguiente:

V O T O R A Z O N A D O

El autor del trabajo divide en cuatro grandes apartados el trabajo que nos ocupa, reservando los primeros al bagaje necesario para entender las bases del error. Así, hace una relación sucinta de la historia del principio conocido "la ignorancia no exime del cumplimiento de la ley" y lleva estas ideas hasta el momento en que nuestra generación no sólo disolvió el principio aludido sino hasta hizo una partición sobre el contenido del error. Ello implicó hacer una referencia a las distintas escuelas y corrientes filosóficas que han nutrido al Derecho Penal y lo han llevado al momento que ahora vive.

Bajo esa tesitura, el segundo capítulo se adentra en la composición de dos elementos que son el presupuesto de las formas de error: Tipo y Conocimiento de Antijuridicidad. Ambos elementos constituyen la base de estudio del error de tipo y el error de prohibición y son un producto de la ubicación del dolo fuera del concepto de la culpabilidad. Lo que reitera el cambio en la dogmática a que el autor estaba acostumbrado.

El tercer capítulo lo dedica al error de tipo y sus subclases, lo que permite revisar conceptos pertenecientes a esta clase de error y distinguirlos por sus rasgos característicos. En este apartado encontramos por ejemplo el error de subsunción y los vasos comunicantes con el error de prohibición, tal y como en su momento, al abordar el cuarto capítulo lo relativo a esta clase en particular se vislumbra el problema del error en los presupuestos fácticos en las causas de justificación y su íntima conexión con el error de tipo.

De manera esquemática el autor distingue al error de prohibición directo en inverso y aborda las posibles soluciones para determinar la evitabilidad del mismo.

Así, el autor aprovecha la oportunidad para apoyar la idea de la unificación de la ley penal en México ya que observa en la partición de la ley penal una contradicción al principio de que todo ciudadano debe conocer el ámbito legal en el que se desarrolla. La referida multiplicidad hace imposible el cumplimiento de esta máxima, que no es sino el fun-

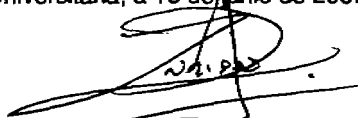
damento para el conocimiento de la antijuridicidad y por ende una vía para el error de prohibición.

Para la obra que ahora se presenta, el autor utiliza una abundante bibliografía sobre el tema en diversos países, Las fuentes de consulta destacan una abundante bibliografía sobre el tema en otros países, principalmente, España, y por lo que respecta a los aspectos dogmáticos, el autor cita a autores mexicanos y extranjeros, especialistas en la materia penal.

Por lo expuesto otorgo mi **VOTO APROBATORIO** al trabajo realizado por el Maestro **ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS**.

Al comunicar a usted lo anterior aprovecho la oportunidad para saludarlo con el afecto de siempre.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, a 18 de Junio de 2007.



Prof. h.c. Dres. ENRIQUE DÍAZ ARANDA
Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid
Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México
Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas
Investigador Nacional Nivel 2 del Sistema Nacional de Investigadores

Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

HACIA UNA TEORÍA DEL ERROR EN MATERIA PENAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA EL

MAESTRO ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS

COMITÉ TUTORAL

DR. RICARDO FRANCO GUZMÁN

DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GÓMEZ

DRA. VERÓNICA ROMÁN QUIROZ

Ciudad Universitaria, 2007

A mi bebé,

J. ALBERTO MATEO

Que no pudo conocer este mundo
y sin embargo iluminó mi vida.

Para **Mariela**

con amor,

nuestros pasos resuenan en esta Universidad

como en Roma, en París o, en la memoria.

A mi mamá.

Con cariño y gratitud.

A

Mis hermanos

Paty, Manuel Heriberto y Juan Carlos,

así como a Arturo Soto Marquina.

A la memoria de

Guadalupe Casas de Garcés

y

Margarita Garcés Casas

Sin su presencia, muchos recuerdos de mi vida sólo serían sombras.

"Desde entonces mi noche tiene voces,

luzesped mi soledad, gusto mi llanto.

Y así seguí viviendo desde entonces

es porque en mí te llevo, en mí te salvo..."

Alfonso Reyes

A mi tío y maestro de toda la vida

Carlos Octavio Garcés Casas.

A mis sobrinos

Jean Carlo

Franco, Gabriela y (la que viene)

Brian Alan, J. Alberto y Abigail.

A mi maestro de todos estos años

Doctor *Dr. h.c.* RICARDO FRANCO GUZMÁN

Sin duda el penalista más ilustre de este país.

En homenaje a sus:

más de cincuenta años como profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM,
cincuenta años como miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales
y la gratitud por sus cátedras.

Su ejemplo me ha traído hasta estas laderas...

*“il temporal foco e l'eterno
vedato hai, figlio; e se' venuto in parte
des' io per me più oltre non discerno.
Tratta l' ho qui con ingegno e con arte;
lo tuo piacere omai prendi per duca:
fuor se' dell' arte mia, fuor se' dell' arte.
Vedi sol che in fronte ti riluce;
Vedi l'erbetta, i fiori e li arbuscelli
Che qui la terra sol da sé produce.”*

Dante Alighieri
(*Comedia, Purgatorio, Canto XXVII*)

**A MI CASA, LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.**

A los Doctores **Carlos Juan Manuel Daza Gómez**, **Verónica Román Quiroz**,
Pedro Hernández Silva, **Moisés Moreno Hernández**, **Enrique Díaz - Aranda**,
Raúl González - Salas Campos, quienes invirtieron mucho tiempo para lograr
este trabajo, por sus consejos, por su tiempo dedicado y por haber valorado al
suscrito en todo momento.

A mis amigos

Jorge Vasconcelos Santillán y **Javier Nicolás Loizaga Beltrán Castro**.

A mi padre

En recuerdo de aquellas pláticas alrededor del parque Tezozómoc (1987).

Agradecimientos

Quiero dejar patente mi agradecimiento a todos aquellos que intervinieron, directa o indirectamente en este proceso. Con este trabajo se sintetizan muchas cosas: el tiempo dedicado a estos primeros estudios, la experiencia adquirida tanto en el foro como en la academia y la presencia de mucha gente que contribuyó a que esta obra pudiera salir a la luz.

A mi compañero y amigo Martín Gustavo Moscoso Salas, porque de él fue la idea de ingresar al Doctorado.

A mis maestros de la Facultad de Derecho: doctores Guillermo Floris Margadant, Ignacio Burgoa Orihuela, Aurora Amaiz Amigo, Fernando Flores García, Antonio Almazán Alanís, Guillermo Colín Sánchez, Raúl Carrancá y Rivas, Jaime Cárdenas Gracia y licenciados Ignacio Ramos Espinosa y Roberto Terrazas Salgado.

Agradezco las ideas y observaciones del maestro Rubén Quintino Zepeda, quien habrá de encumbrar a su generación con su talento y devoción por el Derecho Penal.

A esos grandes maestros de derecho penal: Luis Jiménez de Asúa y Mariano Jiménez Huerta, a quienes, considero, todos debemos la luz que vino de ultramar. Este libro rinde homenaje a sus trabajos visionarios y vigentes.

A mis maestros de la Preparatoria 9: Silvestre Rosas Luván y Héctor Hernández Romero.

A José Z. Andrade Corona y José A. Noble Carmona estupendos maestros y estudiosos del Derecho en el foro, a quienes debo múltiples enseñanzas

A mis compañeros de litigio: Liliana Nava Salgado, Juan Manuel Abad Jiménez, Carlos Saavedra Espíndola, Aidé Elvira Trejo Molina (y su adjunto Luis Eduardo), Martha Figueroa Pérez, Ingrid Ritter Vázquez, Diego Orlando Carrasco Hinojosa, Julio Bautista Hernández, Miguel Eduardo Ayala Balcázar, Emmanuel Palacios Torres, Araceli García Villegas, Aida Leticia García García, Juan Gabriel Palomares Cauich, Diana Judith Rubí Crespo, sin su ayuda y profesional colaboración este trabajo no hubiera podido realizarse.

A mis compañeros de aula: Celia Martín Sasaki, Alberto de Jesús Mendoza Huelgas, Karina Trejo Sánchez, Luisa Hernández Cabrera, José A.

Zakdivar Vázquez, Mauricio Cruz Ortiz, Marcial López García e Isis Alibeth Vargas Santamaría, Gabriela Pérez Rodríguez, Armando Salazar López, Alejandro Ponce de León Prieto, César Hernández Álvarez, Rosalía Rosas Sánchez, Eric Tardif.

A Jorge Avendaño Lührs, Rosalinda Contreras Theurel, Rodolfo de las Fuentes Lara;

A los doctores Luis Alfonso Torres Gómez y Enrique Campesino Romeo (Cinvestav), cuyos consejos, y rigor científico, me permitieron presentar mejores argumentos para ingresar y permanecer en el posgrado. Siempre los consideraré mis profesores *ex cátedra*.

A Ambrosio Guevara Contreras, Rosalío López Durán, Araceli García Rico, General Sergio L. García Núñez, Mario Vasconcelos Aguilar, Mario Vargas Llosa, Joel Muñoz Olvera, Emilio y Víctor Manuel Heredia Lima, Charles Paul Courtois Azamar, Librado Ríos Valdivinos, Jorge Bertanga Amaya, Claudia Alcántara Nieves, Jorge Bertanga Zubiaga, Víctor Soria Cruz, José Díaz Hernández, Michael Claussen Andersen, David Turpin, Selene Bautista Hernández, Roberto Serrano Peralta, Ulises Bautista Hernández, Juan José Moreras Lusarreta, Josefa Penélope Solís García, María Scherezada Rivero González, Eduardo Espinosa Saud, Antonio Mijangos, Leonor Espinosa Moreno, Elvira Avilés Jaimés, César Alcántara, Yolevna Sánchez Erreguín, Grupo de Antisecuestros de la Policía Judicial del Distrito Federal, así como a mis alumnos de la Facultad de Derecho de la UNAM. Con sus vivencias, inquietudes y apoyo pude desarrollar mi labor como abogado y como aprendiz de jurista.

Al Centro de Investigación y de Estudios Avanzados del IPN, al Instituto Nacional de Ciencias Penales, al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, a la Universidad Latina.

Expreso mi reconocimiento a la labor desinteresada de quienes con su trabajo al pasar los manuscritos o bien capturando algunos textos le dieron vida a esta obra, especialmente a Ildelfonso Guerrero Guzmán y Alejandra Sánchez Baena.

A mi familia y en especial a Mariela, mi esposa, por su paciencia y apoyo en mis largas horas de ausencia dedicadas a este objetivo....

El hombre que ha cometido un error y no lo corrige comete otro error mayor.

Confucio

Hacia una teoría del error en materia penal

ÍNDICE

HACIA UNA TEORÍA DEL ERROR EN MATERIA PENAL

DEDICATORIAS

AGRADECIMIENTOS.....	VIII
PRÓLOGO.....	XVII
ABREVIATURAS EMPLEADAS	20

CAPÍTULO I

EL ERROR, MARCO CONCEPTUAL E HISTÓRICO.

1.1. PROBLEMAS PRELIMINARES.....	24
1.1.1. Ignorancia y error.....	28
1.1.2. La buena fe.....	44
1.1.3. El error y la duda.....	46
1.2. DIVISIÓN HISTÓRICA ("ERROR FACTI" Y "ERROR IURIS").	47
1.2.1. Etiología del error.....	51
1.2.2. Marco histórico.....	53
1.2.2.1. Grecia.....	56
1.2.2.2. Roma.....	60
1.2.2.3. Derecho Germánico.....	67
1.2.2.4. Derecho Canónico.....	72
1.3. CLASIFICACIONES ANTIGUAS.....	75
1.3.1. Error esencial de hecho.....	82
1.3.2. Posición Unificadora.....	85
1.3.2.1. Nuestra opinión.....	87
1.4. LAS PRIMERAS CODIFICACIONES PENALES.....	88
1.5. EL DESARROLLO HISTÓRICO-DOGMÁTICO DE LA DOCTRINA DEL ERROR DE DERECHO.....	95
1.6. LA PRESUNCIÓN DE QUE LA 'IGNORANCIA DE LA LEY NO EXIME DE SU CUMPLIMIENTO'.....	112

CAPÍTULO II

EL CONOCIMIENTO PREVIO AL DELITO

(TIPO, DOLO Y CONCIENCIA DE ANTIJURIDICIDAD)

2.1. EL CONOCIMIENTO PREVIO AL DELITO.....	121
2.2. TEORÍA DE LA LEY PENAL.....	123
2.2.1. Legitimidad del Derecho Penal.....	132
2.2. TEORÍA DEL DELITO.....	140
2.3. ELEMENTOS DEL DELITO.....	144
2.3.1. Ubicación sistemática.....	144
2.3.1.1. Ubicación sistemática de la Teoría del Delito de Daza Gómez.....	145
2.3.1.2. Ubicación sistemática propuesta por Díaz Aranda.....	147
2.3.2. Tipo y Tipicidad.....	148
2.3.3. Elementos del tipo.....	157
2.3.3.1. Sujeto Activo.....	158
2.3.3.2. Sujeto pasivo.....	160
2.3.3.3. Acción dentro del tipo.....	162
2.3.3.4. Bien Jurídico.....	165
2.3.3.5. Elementos normativos.....	166
2.3.3.6. Elementos subjetivos del injusto.....	170
2.3.3.7. Medios Comisivos.....	172
2.3.3.8. Circunstancias de modo, tiempo o lugar.....	176
2.3.3.9. Dolo como elemento del tipo.....	177
2.3.3.9.1. Clases de dolo.....	182
2.4. ATIPICIDAD.....	187
2.5. TIPO DEL ERROR Y TIPO SISTEMÁTICO.....	188
2.6. EL TIPO PENAL DE LOS DELITOS CULPOSOS.....	191
2.7. LA CULPABILIDAD.....	202
2.7.1. Nuestra posición.....	207
2.8. LA RELEVANCIA DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA PENA.....	213

CAPÍTULO III
ERROR DE TIPO

3.1. ERROR DE TIPO.....	218
3.2. DIFERENCIA ENTRE EL ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS DEL TIPO Y EL ERROR SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD O LA PROHIBICIÓN.....	250
3.2.1. Tesis establecidas para diferenciar entre el error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición.....	263
3.2.1.1. Tesis de los hechos naturales e institucionales.....	263
3.2.1.2. Tesis del error de objeto y de concepto.....	264
3.2.1.3. Tesis de la teleología reducida.....	265
3.2.1.4. Tesis de la distinción entre error de Derecho penal y error de Derecho extrapenal.....	266
3.2.1.5. Postura de Blanco Lozano.....	269
3.3. EL OBJETO DEL ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS DEL TIPO.....	270
3.3.1. Error en el sujeto activo o pasivo.....	274
3.3.2. Error en el objeto material.....	276
3.3.3. Errores relevantes e irrelevantes.....	278
3.3.4. Error en los medios utilizados.....	295
3.3.5. El error sobre las circunstancias de lugar, tiempo u ocasión.....	297
3.3.6. El error sobre un elemento esencial integrante de la infracción o que agrave la pena.....	298
3.3.7. El error sobre los elementos normativos del tipo (error de subsunción).	302
3.4. LA VENCIBILIDAD DEL ERROR.....	314
3.5. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ERROR DE TIPO.....	322
3.6. TESIS SOBRE EL ERROR DE TIPO Y LA INDUCCIÓN DE LOS ÓRGANOS GUBERNAMENTALES AL ERROR.....	327
3.6.1. Por vía de la ley. Su multiplicidad.....	328
3.6.2. Por vías de hecho.....	329

CAPÍTULO IV
ERROR DE PROHIBICIÓN

4.1. EL ERROR DE PROHIBICIÓN.....	333
4.2. LAS FORMAS DEL ERROR DE PROHIBICIÓN.....	344
4.2.1. Clasificación de las formas del error.....	346
4.2.1.1. El error de prohibición eventual.....	350
4.2.1.2. Error de prohibición directo.....	351
4.2.1.3. Error de prohibición indirecto.....	353
4.2.2. El error sobre circunstancias objetivas presupuesto de una causa de justificación (las llamadas eximentes putativas).....	360
4.2.2.1. "La defensa putativa" y el caso Goetz.....	375
4.2.3. Creencia errónea, creencia diferente y creencia discrepante.....	391
4.3. LA EVITABILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN.....	396
4.4. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ERROR SOBRE LA PROHIBICIÓN.....	413
4.5. NATURALEZA DEL HECHO A PESAR DEL ERROR SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD.....	421
4.6. LAS NORMAS ACTUALES EN MATERIA DE ERROR.....	427
4.6.1. El problema de la codificación penal en México.....	431
4.6.2. El error según los tribunales españoles y nuestros máximos tribunales.....	435
4.6.2.1. España.....	435
4.6.2.2. Jurisprudencia.....	436
4.6.2.2.1. Concepto de error.....	439
4.6.2.2.2. Apreciación judicial.....	439
4.6.2.2.3. Prueba del error.....	440
4.6.2.2.4. Error de prohibición.....	441
4.6.2.2.4.1. Clases.....	442
4.6.2.3. México.....	445
4.7. HACIA UNA TEORÍA DEL ERROR EN MATERIA PENAL EN EL DERECHO MEXICANO.....	450
4.7.1 los problemas del foro.....	451

4.7.1.1. Tesis sobre el error de prohibición y la inducción de los órganos gubernamentales al error: por la multiplicidad de ordenamientos y la falta de difusión de los mismos.....478

CONCLUSIONES.....484

PROPUESTAS.....492

APÉNDICE I

LEGISLACIÓN MEXICANA SOBRE ERROR

APÉNDICE II

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE EL ERROR

FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA.....519

HEMEROGRAFÍA.....527

LEGISLACIÓN.....527

Nacional.....527

Extranjera.....528

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.....528

FUENTES ELECTRÓNICAS.....529

Prólogo

¿Cuáles son los límites del error como excluyente del delito? ¿por qué no es aplicable el principio "la ignorancia no excluye el cumplimiento de la ley" en materia penal?

Una de las circunstancias que nos mueven a escribir este trabajo es la crisis que vive el mismo derecho al ser rebasado por el soslayo que existe sobre ciertos temas que, aun en nuestras leyes, resultan omitidos en la práctica jurídica, son inatendidos, o bien, resultan confusos para los intérpretes del Derecho, como lo es la figura del error en materia penal.

Dentro del ámbito de la práctica metódica y del quehacer jurídico nos encontramos con una situación recurrente, que no pocas veces nos constriñe a determinar si hacemos justicia o hacemos derecho, cuando se ha tratado de llevar una práctica cercana a estos linderos, por supuesto. Y, es el caso que, al encontramos frente al problema de la modernidad, los debates sobre la justicia retoman su vigor, pero ratifican de hecho la necesidad de que ésta, sea de la manera en que sea definida sea aplicada, recordando que justicia retardada es justicia denegada. En el caso que nos ocupa, el desconocimiento de una norma protectora y sus alcances pueden dar lugar a sentencias injustas.

Si bien no es el fin de este trabajo encontrar las respuestas a todas las vertientes que puede tener en materia penal el error como excluyente de delito, si está en el desiderátum divulgar el problema que debemos resolver y que, de manera ambiciosa, permanezca en lo sustancial pero pueda transformarse en un grado cercano al de la materia que trata.

Para ello hemos dividido el presente trabajo de modo tal que se explique: en primer lugar el panorama de la teoría del delito, yendo de la

premisa mayor a la específica, con el fin de establecer el contexto de nuestro tema, destacando la necesidad de establecer una teoría sobre el error en materia penal.

Resulta necesario establecer una teoría del error, mediante la que se esclarezcan los alcances de éste y su eventual exclusión del delito.

No se puede imputar un acto doloso señalando que el sujeto activo "podía vencer el error si no hubiera actuado con falta de cuidado", toda vez que esta solicitud invade aspectos culposos. En ese sentido, consideramos que, por sus efectos jurídicos, debe existir unificación cuando se trate de errores de tipo y de prohibición vencibles.

Conceptos

Sirva decir que como punto de partida, para explorar el estado del arte del tema que nos ocupa, tuvimos la diversa óptica que nos brinda la existencia de trabajos tan valiosos como los de Don Luis Jiménez de Asúa, quien, en su Tratado de Derecho Penal le ocupa más de trescientas páginas el tema, con esa prodigiosa ilustración enciclopédica que le era tan propia. Asimismo revisamos el trabajo de Celestino Porte Petit, que en su *Programa de Derecho Penal* dejó asentadas las bases de una bibliografía que debimos retomar y actualizar para conocer el estado que guarda nuestra dogmática. Éstos ángulos se enriquecieron con la experiencia personal en el foro, así como con los artículos que sobre el particular han escrito algunos de nuestros más insignes penalistas, como lo son hoy por hoy, los doctores Franco Guzmán, Pavón Vasconcelos, Moreno Hernández y Daza Gómez; así como los jóvenes: Díaz Aranda y Quintino Zepeda, entre otros. Abordamos el tratamiento de las

legislaciones así como las resoluciones jurídicas de nuestros más altos tribunales con respecto al error en materia penal.

Toda vez que durante la exposición inicial quedó planteada la hipótesis está habrá de verificarse por medio del análisis de información legislativa, jurisprudencia, tesis relacionadas, artículos de revistas, hemerografía, a efecto de obtener una visión integral del problema y estar en posibilidad de sostener la necesidad de una teoría del error.

ABREVIATURAS EMPLEADAS

a.C.	Antes de Cristo.
A.C.	Asociación Civil
ALDF	Asamblea Legislativa del Distrito Federal
Art. o art. o §	Artículo (o párrafo en el caso de §)
A.T. (o AT)	Allgemeiner Teil (parte general)
ATS	
BGH	Tribunal Federal Alemán (equivalente a la Corte Suprema)
BGHSt	Colección de sentencias del BGH
B. T. (o BT)	Besonderer Teil (parte especial)
cf.	Confróntese
Col.	Colección
comp.	Compárese
C.P.	Código Penal (utilizado de manera indistinta para los códigos penales de España, Argentina, Chile, Perú, Costa Rica; Francia, Alemania, Canadá, Colombia, Venezuela, etcétera). Se hace la referencia al código en particular.
CPF	Código Penal Federal (México)
CPC	Código Penal de Coahuila (México)
CPDF	Código Penal para el Distrito Federal (México)
ed.	Edición
edit., edits.	Editor, editores
ETA	<i>Euskadi ta Askatasuna</i> (Euskadi en libertad) Grupo terrorista vasco
<i>Et al.</i>	Y otros
<i>Ibidem</i>	en el mismo lugar
<i>Idem</i>	el mismo autor, misma cita.
INACIPE	Instituto Nacional de Ciencias Penales
<i>Infra</i>	Abajo
<i>Loc. Cit</i>	(<i>Locus citatus</i>) lugar citado
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
L. C.	Libro Conmemorativo
L. H.	Libro Homenaje

MPC	<i>Model Penal Code</i> (Estados Unidos de América, 1962)
N. del A.	Nota del Autor (sólo en casos excepcionales hemos tenido que incluir una nota personal dentro de alguna cita, con el fin de poner en contexto lo señalado, ya sea por la legislación en comentario o por el tiempo y el lugar en que fue hecha).
n. d. t.	nota del traductor
n. marg.	número de margen
Nota	nota al pie de página
Op. cit.	(<i>Opus citatus</i>) obra citada.
<i>Pássim</i>	en diversos lugares
p. o pp.	Página o páginas
p. ej. o p.e. o v.g. o v.gr. o e.g.	por ejemplo
ref.	referencias bibliográficas
<i>Supra</i>	Arriba
StGB	Código penal alemán
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (España)
t.	tomo
Trad.	Traducción
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
Vid.	Véase
v. t.	Ver también
v. o vs.	(<i>versus</i>) contra
y s.	y siguiente
y ss.	y siguientes
7 – 7	7 de julio de 2005 (signos con los que se identifica un acto terrorista cometido en Londres)
11 – m.	11 de marzo de 2004 (signos con los que se identifica un acto terrorista cometido en Madrid)
11-s (9 – 11)	11 de septiembre de 2001 (signos con los que se identifica un acto terrorista ocurrido en Nueva York).

Capítulo I

El error, marco conceptual e histórico.

El error, marco conceptual e histórico.

Sumario.

1.1. Problemas preliminares. 1.1.1. Ignorancia y error. 1.1.2. La buena fe. 1.1.3. El error y la duda. 1.2. División histórica ("error facti" y "error iuris"). 1.2.1. Etiología del error. 1.2.2. Marco histórico. 1.2.2.1. Grecia. 1.2.2.2. Roma. 1.2.2.3. Derecho Germánico. 1.2.2.4. Derecho Canónico. 1.3. Clasificaciones antiguas. 1.3.1. Error esencial de hecho. 1.3.2. Posición Unificadora. 1.3.2.1. Muestra opinión. 1.4. Las Primeras Codificaciones Penales. 1.5. El desarrollo Histórico-Dogmático de la Doctrina del Error de Derecho. 1.6. La presunción de que la 'ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento'.

Errare humanum est

Locución latina

La figura del error en materia penal cobra cada día mayor relevancia dentro de la doctrina. Esto ocurre a medida que se profundiza en los mecanismos que llevan a un sujeto hacia la actualización de una hipótesis penal. Estos resortes pueden derivar de una falsa concepción de la realidad. Aunque también estas concepciones nos orillan a pensar quién puede tener la certeza de la realidad. Los tratadistas han formulado respuestas cuyo contenido abordaremos con el objeto de exponer las que consideramos describen y postulan de manera más cercana el tratamiento que debe dársele al error humano.

El error es una discrepancia del conocimiento con la realidad, una falsa concepción que, en ocasiones puede ser la ausencia de conocimiento de esa realidad.

"La mucha luz ciega igual que la mucha sombra"¹ escribió Octavio Paz. En este trabajo abordaremos esa "sombra" que es error.

1.1. Problemas preliminares.

Dentro de la dogmática existe un tema que paulatinamente va cobrando mayor relevancia es el referente al error en materia penal. Sus efectos y sus alcances como excluyente del delito merecen ser revisados para establecer su adecuación en la legislación tomando como referencia la sociedad a la que va dirigida. Luis Jiménez de Asúa escribe:

el error, lejos de ser un problema 'sencillo', está erizado de dificultades tremendas. Sobre él, pesan aún con la gravedad de lo tradicional, las viejas máximas de que 'el error de derecho no excusa' y de que 'la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento'. En otro aspecto gravitan sobre estas cuestiones del error -y a este respecto con referencia peculiar al de hecho- yerros de sistemática, engendradas por el 'positivismo jurídico' italiano y reflejadas en Hispanoamérica.

En materia de sistema (que tanto vale decir, en cuanto a la ciencia) el error ha sufrido cambios y deformaciones innumerables. Se ha discutido, tras de debatir la ignorancia y el error, en cuanto a su eficacia diferenciativa en Derecho penal, si la ignorancia de la ley debe tratarse al estudiar la interpretación de ésta o al ocuparnos del error de hecho, y superado ya el viejo método de incluir aquélla en la indagación de la 'ley penal', se pone a discusión, harto viva, si el error ha de

¹ "La mirada anterior", prólogo a un libro de Carlos Castaneda, Cambridge, 1973.

tratarse en la 'teoría del dolo' o en la 'teoría de la culpabilidad'; si el error de derecho debe ser diferenciado del de hecho o si conviene la unificación de ambos, puesto que todos son errores de *hecho* y sólo importan a los juristas los que tienen reflejo en el *derecho*; y, por fin, si conviene hacer otra diferencia, que por cierto impera sin contradicciones mayores, entre los penalistas alemanes, que separan, incluso en lugares alejados del sistema jurídico-penal, el 'error de tipo' y el 'error de prohibición'.²

Con este preámbulo, el gran penalista español, que trabajó el tema de manera exhaustiva en su tratado de Derecho Penal, establece el contexto y las primeras líneas o trazos en los que se desarrolla esta tesis. Así, este autor que será el referente principal, nos prepara para la investigación que habremos de acometer.

Hemos señalado líneas arriba la importancia de esta institución con referencia a la sociedad en que se legisla, y ello obedece al grado de conciencia jurídica que hay en el ámbito social. Cada pueblo tiene un grado de conocimiento determinado, y con base en éste encontramos la primera discusión sobre la dogmática penal, cuyos avances no siempre pueden ser adoptados de manera general. Ello va en contra de un ideal del derecho penal universal.

Como veremos líneas abajo, hablar del error implica ahondar en su significado originario como la otredad del entendimiento. Si tomamos en cuenta que nuestro Derecho se orienta hacia los aspectos positivos del entendimiento, podemos vislumbrar

² Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Tomo VI, el delito, la Culpabilidad y su exclusión*, 3ª. ed., Losada, Buenos Aires, 1982, p. 312.

el primer escollo, delimitar un ente que de manera primigenia no puede integrarse al sistema.³

Por su parte, Moisés Moreno, en un artículo de su autoría, expresa la justificación de una política criminal encabezada por los órganos de gobierno del Estado, los cuales son los garantes del orden dentro de una sociedad determinada:

Por lo que hace al aspecto político-criminal, la cuestión se plantea para saber cuándo, cómo y bajo qué presupuestos una conducta debe ser merecedora de una sanción penal, y cuándo y bajo qué requisitos ella no tiene que ser punible. El determinar lo anterior no siempre encuentra una respuesta uniforme, pues depende del tipo de política criminal de que se trate y de la función y alcance que se le atribuyan al propio derecho penal. [...]

Ahora bien, corresponde al Estado a través de su órgano respectivo el establecer cuáles son las conductas que se consideran delictivas y deben ser reguladas penalmente, cuáles son las sanciones que habrán de imponerse al infractor de las normas penales. A él corresponde, asimismo, el precisar los requisitos mínimos para la imposición de una pena o medida de seguridad:

³ Según Zenón de Elea (y luego algunos sofistas) solamente puede hablarse del ser. Del no ser no puede enunciarse nada. Por lo tanto el error es imposible. Cfr. Ferrater Mora, J. *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, 2001. Vocablo: Error.

Fletcher, autor anglosajón, señala: "Los errores expresan disonancia. Por un lado, está la perspectiva del sujeto; por otro, la de la sociedad en su conjunto. La sociedad insiste en que su punto de vista es el único correcto, que el resultado criminal se ha producido efectivamente, que la víctima sufrió realmente un daño. El acusado, por su parte, alega que vio las cosas de forma diferente, que no percibió la realidad de la misma manera que lo hicieron los demás. Desde su punto de vista, no estaba haciendo nada incorrecto, o por lo menos no una cosa tan grave como la que sucedió. Así, por ej., si lo que los demás perciben es que alguien dispara e hiere a un policía, desde el punto de vista del que dispara la situación puede interpretarse de todas estas maneras:

1. Estaba realizando prácticas de tiro y creyó que disparaba contra un muñeco de cartón vestido de policía.
2. Creyó que la víctima era un guardia de seguridad privada, pero en realidad se trataba de un policía federal.
3. Pensó que se trataba de alguien que iba a atracarle y disparó para repeler lo que él consideraba como una inminente agresión, creyendo que lo hacía a legítima defensa.
4. Se trataba de un policía corrupto y creyó que era su deber detenerlo, reduciéndolo previamente.

Todas estas ideas pueden pasarse por la cabeza al que dispara mientras aparece frente a él un objeto en forma de policía vestido de uniforme. Algunas de estas ideas particularmente, la de que dispara contra un muñeco de cartón permite considerarlo moralmente inocente de un delito de lesiones o de tentativa de asesinato. Otras, como la de que se trata en realidad de un policía corrupto que debe ser detenido, pueden ser más problemáticas. La pregunta que hay que hacer es ¿por qué algunos de estos errores son irrelevantes desde el punto de vista de la culpabilidad del sujeto, y otros, en cambio, son relevantes?" Fletcher, George P., *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Tirant lo blanch, (trad. Francisco Muñoz Conde) (col. B Teoría), Valencia, España, 1997, p. 219.

consecuentemente, también a él le corresponde precisar los casos o supuestos en que no deberá imponerse una consecuencia jurídica, entre otros. En la medida en que el legislador prevea en la ley un mayor número de exigencias para que la amenaza penal pueda concretarse, se limita mayormente a la potestad punitiva del juzgador, así como la del Ministerio Público, y se garantiza de mejor manera la protección de los derechos de los individuos que, por una y otra razón, se ven involucrados en un hecho penalmente relevante.

Vinculados directamente con los requisitos necesarios para la afirmación de la existencia del delito y, por tanto, la afirmación de los presupuestos necesarios de la pena, se encuentran las *causas de exclusión*, es decir, aquellas circunstancias que tienen como efecto el que no se afirmen tales elementos o presupuestos de la pena. Mientras más sean los requisitos o presupuestos, además de sus respectivos contenidos, también más serán las circunstancias que puedan alegarse como causas de su exclusión de delito. Dentro de estas causas de exclusión se encuentra, precisamente, la del *error*. La determinación de tales presupuestos de la pena o de los elementos necesarios del delito pueden aparecer en la ley expresados de manera positiva, como lo hace por ejemplo el Código penal colombiano o algunos códigos penales de la República Mexicana, o solamente de manera negativa, como lo hace la mayoría de los códigos, o bien siguiendo un criterio mixto, señalando parcialmente de manera positiva ciertos contenidos de tales presupuestos y de manera negativa algunas de las causas de exclusión, lo que dependerá del criterio que siga el legislador. Por otra parte, el criterio dependerá de los contenidos que se le asignen a cada uno de los elementos del delito —o presupuestos de la pena—; de esos contenidos dependerá, igualmente, el alcance de ciertas causas de exclusión, es decir, la naturaleza y los efectos de cada una de ellas.⁴

En tal virtud, no es posible que los órganos de gobierno del Estado en lugar de resolver la problemática que enfrenta una sociedad en estos temas sean parte del

⁴ Moreno Hernández, Moisés, "La regulación del error en la legislación penal mexicana" en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales A.C., Número especial 1, Agosto de 1999. pp. 77 - 92.

problema o que se permita institucionalmente la preservación del mismo. Así, con estas aproximaciones nos adentramos en la primera asignatura a tratar: establecer un concepto para el error y diferenciarlo de la ignorancia.

1.1.1. Ignorancia y error.

Resulta importante distinguir los conceptos de error e ignorancia, ya que aun existe la máxima jurídica que reza "la ignorancia no exime de la observancia de la ley" (v. gr. el Código Penal italiano en su artículo 5⁵), nuestras leyes penales sobre el particular se refieren al error.

"Ignorancia", dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, viene del latín *ignorantia*. Y la define como falta de ciencia, de letras y noticias, general o particular. La segunda acepción se refiere a la ignorancia del Derecho en la cual señala: "Desconocimiento de la ley, el cual, a nadie excusa, porque rige la necesaria presunción o ficción de que, promulgada aquella, han de saberla todos"⁶⁻⁷. La tercera acepción se refiere a la ignorancia cuando ésta es invencible, así, el diccionario de referencia

⁵ Y aun así dicho artículo fue considerado por la Corte Constitucional italiana como ilegítimo (inconstitucional) en cuanto no excluye de responsabilidad a la ignorancia inevitable según sentencia de 24 de marzo de 1988, n.364. Cfr. *Codice Penale e normativa complementare*, 2006 – 2007, 10ª. Ed., Raffaello Cortina Editore, (Italia), art. 5, p. 85.

⁶ Cuestión que, como veremos, no es del todo acertada en materia penal.

⁷ En el arte encontramos diversas manifestaciones que hacen alusión a este defecto humano, tal es el caso de la pintura "La calumnia" (1494) de Botticelli, en la que el rey Salomón es flanqueado, durante sus resoluciones por la sospecha y la ignorancia.

señala: "La que tiene alguien de algo, por no alcanzar motivo o razón para desconfiar de ello."⁸

Por cuanto hace al "error" el mismo diccionario señala que dicho vocablo deriva del latín error, -ōris y lo define como: "Concepto equivocado o juicio falso." "Acción desafortunada o equivocada." "Cosa hecha erradamente." "Derecho. Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él o de su objeto."⁹

⁸ Cfr. *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª ed., Madrid, 2001.*

⁹ Carlo Rosello en Italia establece: "Per quanto specificamente concerne l'errore, esso è definito dalla giurisprudenza come <falsa o distorta rappresentazione della realtà>."

Questo genere di impostazione è stato sottoposto a critica, nell'ambito di un contributo che si inserisce nella riconsiderazione del tema in chiave oggettivistica, rilevando come il fenomeno dell'errore non atenga tanto ad un problema (di carattere psichico) di divergenza fra realtà oggettiva e rappresentazione mentale che se ne forma il soggetto, quanto piuttosto ad un problema di comunicazione, che assume precise dimensioni nell'ambito del rapporto sociale. Sotto questo angolo visuale, la verità o falsità di una rappresentazione non può dipendere dal confronto con la realtà; per giudicare della falsità della rappresentazione occorrerebbe invece <stabilire se il soggetto attribuisce al 'segno', alla struttura rappresentativa adoperata, l'idoneità ad evocare un contenuto di realtà eguale o diversa da quella che la comunità in cui vive e si esprime designa con lo stesso segno o che convenzionalmente si indica con quel segno >. Più che in un evento psichico destinato ad esaurirsi *in interiore homine*, l'errore consisterebbe allora, in buona sostanza, nella divergenza fra la struttura rappresentativa adoperata dal soggetto per evocare una certa realtà ed il <segno> che la comunità sociale adopera per designare quella medesima realtà.

Per la stessa ragione, si è sottoposta a revisione l'equiparazione tradizionale fra errore ed ignoranza (intesa come assoluta mancanza di cognizione circa la realtà, che impedisce al soggetto di conoscere portata e significato della propria dichiarazione). L'ignoranza assoluta, infatti, implicando la totale mancanza di rappresentazione, esclude ogni questione connessa con la traduzione in termini di espressione rappresentativa della realtà, mentre l'errore riguarda precisamente l'oggettiva idoneità del contratto ad esprimere gli interessi reali del soggetto. La tendenza ad impostare il fenomeno dell'errore in termini rigorosamente oggettivi, superando le analisi in chiave psicologica, rappresenta certamente il dato più significativo registrabile nell'evoluzione della materia. (Per quanto specificamente concerne il error, éste está definido por la jurisprudencia [italiana] como <falsa o distorsionada representación de la realidad>).

Este tipo de planteamiento fue ha sido sometido a la crítica, en el ámbito de una contribución que se inserta en la riconsideración del tema en clave objetiva, mostrando como el fenómeno del error no atenga tanto a un problema (de carácter psíquico) de divergencia entre la realidad objetiva y la representación mental que se forma el sujeto, cuanto es más bien un problema de comunicación, que assume precisas dimensiones en el ámbito de la relación social. Sobre este punto de vista, la verdad o falsedad de una representación no puede depender de la confrontación con la realidad; en cambio, para adjudicar a la falsedad de la representación ocurriría <establecer si el sujeto atribuye al 'signo', a la estructura representativa empleada la idoneidad de evocar un contenido de realidad igual o diferente de la que la comunidad en la cual vive o se expresa y designa con el mismo signo (o que convenzionalmente se indica con ese signo)>. Más que un evento psíquico destinado a fatigarse *in interiore homine*, el error entonces consistiría, en buena medida, en la divergencia entre la estructura representativa empleada por el sujeto para evocar una cierta realidad y el 'signo' que la comunidad social emplea para designar aquella misma realidad.

La acción desafortunada a que hace referencia el *Diccionario de la Lengua española* la encontraremos actualizada, más adelante al tratar lo relativo al llamado *error en el golpe o aberratio ictus*.

Entre la falta de conocimiento y la existencia de un concepto falso podemos observar la naturaleza de ambos conceptos, pero no será sino por sus efectos que reciban un tratamiento igual en la doctrina.

Dentro del *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas se define al error como ausencia de conocimiento, que en este caso se iguala a la ignorancia, o bien, como un conocimiento falso sobre los elementos requeridos por la definición del delito o sobre el carácter prohibido de la conducta en que éste consistiese.¹⁰

De una manera más profunda Francisco Pavón Vasconcelos define al error de la siguiente manera: "Ordinariamente el error es colocado como la negación del dolo. En efecto, el dolo requiere conocimiento en el agente, sobre el hecho y su significación antijurídica, en tanto el error consiste en una equivocada o falsa noción de un objeto o de su esencia, o bien un hecho determinado y por ello desconocimiento o ausencia del

Para la misma razón, se ha sometido a revisión la equiparación tradicional entre error e ignorancia (entendida como la absoluta falta de cognición acerca de la realidad, que impide al sujeto conocer forma y significado de la propia declaración). La ignorancia absoluta, en efecto, implicando la total ausencia de representación, excluye toda cuestión conexa con la traducción en términos de expresión representada de la realidad, mientras que el error repasa precisamente la objetiva idoneidad del contrato para expresar los intereses reales del sujeto. La tendencia a plantear el fenómeno del error en términos rigurosamente objetivos, superando los análisis de índole psicológica, representa ciertamente el dato más significativo en la evolución de la materia.)" *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè editore, Milano, 2004, pp. 5-7.

¹⁰ Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo D-H, 7ª. ed., Porrúa, México, p. 1295.

conocimiento que el dolo requiere o precisa."¹¹ En el Diccionario sobre la Ley en Canadá encontramos:

El Error es un acto inintencional que implica la incomprensión o el error en la existencia de una cosa, presentándose de ignorancia o de una creencia falsa sobre algún aspecto de la realidad. [...] El derecho penal canadiense ha reconocido tradicionalmente la misma dicotomía, permitiendo que un error de hecho en algunos casos constituya una defensa válida a un procesamiento criminal [...] pero establece la máxima que la "ignorancia de la ley no es ninguna excusa" incorporada en el estatuto 19 del Código Penal canadiense de 1985. En Canadá solamente un error de hecho se considera como una defensa válida puesto que niega uno de los elementos esenciales de esas ofensas que requieren un estado de la mente culpable, es decir, *mens rea*¹². Sin embargo, aunque un error de la ley no es ninguna defensa, un error del hecho puede presentarse de una interpretación de la ley y puede funcionar como defensa válida a un procesamiento criminal. A. Mewett & M. Manning, *Mewett & Manning sobre el Código Penal*. Recientemente, en Canadá, el error ha sido oficialmente introducido en la ley y se ha reconocido como defensa a un cargo criminal.¹³

¹¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 437.

¹² Mente culpable. Uno de los dos aspectos que se persiguen en el Derecho penal de origen anglosajón, el otro es el acto culpable o *actus reus*.

¹³ *Canadian Law Dictionary*, 5ª ed., Barrons, New York, 2003. vocablo *Mistake*.

MISTAKE. An unintentional act involving misapprehension or error in the existence of a thing, arising either from ignorance or from a false belief on the point. Mere forgetfulness is not a mistake against which the court will grant relief. *Lovejoy v. Mercer* (1911), 23 O.L.R. 29 at 31 (H.C.).

A distinction is often drawn between unilateral mistake, common mistake, and mutual mistake in the law of contract.

Common Mistake. A mistake made when both parties are contracting under an error and share the same mistaken belief. "Each knows the intention of the other and accepts it, but each is mistaken about some underlying and fundamental fact." M. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* 235 (13ª ed. 1996). For example, in contracting for the sale of a cow, A and B both believe the cow to be a breeder, when in fact it is barren.

Mutual Mistake. A mistake made when "the [contracting] parties misunderstand each other and are at cross purposes. A, for example, intends to offer his Ford Sierra car for sale, but B believes that the offer relates to the Ford Granada [car] also owned by A." *Od. At 236*.

Unilateral Mistake. A mistake by only one of the parties to the contract as to its terms or object. Rectification or alteration of the contract is available as a remedy for this type of mistake only if it can be shown that the other party was aware of the mistake and that his taking advantage of it would amount to fraud or constitute misrepresentation amounting to fraud. The contract may, however, be rescinded if the mistake is or a fundamental character. See *Sykes v. The King*, [1939] Ex.C.R. 77 at 85; *McMillen v. Chapman and S. S. Kresge Company Ltd.*,

[1953] O.R.399 at 405-06 (C.A.); *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd.*, [1971] 3 O.R. 801 (H.C.); *Pacific Petroleum Ltd. v. Concordia Propane Gas Marketers Ltd.* (1977), 5 A.R. 421 (Alta.S.C.).

A distinction is made by some courts and writers between "common" and "mutual" mistake. Sometimes the terms are used interchangeably. Fridman suggests that "little, if any, theoretical or practical effect may flow from the differentiation of common and mutual mistake." It was stated in *McMaster University v. Wilchar Const. Ltd.* [1971] 3 O.R. 801 at 809 (H.C.): "In mutual or common mistake the error or mistake in order to avoid the contract at law, must have been based either upon a fundamental mistaken assumption as to the subject-matter of the contract or upon a mistake relating to a fundamental term of the contract." See G. Fridman, *The Law of Contract in Canada* 272-73 (4th e. 1999).

A further distinction is drawn between a mistake of law and a mistake of fact. In the law of contract, a MISTAKE OF FACT is a "mistake not caused by the neglect of legal duty on the part of the person making the mistake, and consisting in an unconscientiousness, ignorance, or forgetfulness or a fact past or present material to the transaction; or in the belief in the present existence of a thing material to the transaction which does not exist, or in the past existence of a thing which has not existed." *Black v. The Bank of Nova Scotia* (1889), 21 N.S.R. 448 at 460-61 (C.A.). a mistake of fact will justify rescission of the contract if the mistake is material to the nature of the transaction. However, a MISTAKE OF LAW—which consists of one's ignorance of the legal consequences of his conduct, though he is fully cognizant of the facts and substance of that conduct—is not generally regarded as sufficient to justify rescission or reformation of a contract, unless the mistake is a mutual one concerning the parties' relative and respective legal rights under the contract. See *U.S.A. v. Motor Trucks Ltd.* (1922), 52 O.L.R. 262 at 271-72 (S.C.A.D.); *Thompson v. Crawford* [1932] O.R. 281, affirmed 41 O.W.N. 231 (C.A.). Compare *ignorantia legis non excusat*.

The criminal law has traditionally recognized the same dichotomy, allowing a mistake of fact in some cases to constitute a valid defence to a criminal prosecution, but relying on the maxim "ignorance of the law is no excuse" with regard to mistakes of law. This maxim is now incorporated in s. 19 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Generally, only a mistake of fact is, in Canada, a valid defence since it negates one of the essential elements of those offences requiring a culpable state of mind, i.e., *mens rea*. However, although a mistake of law is no defence, a mistake of fact may arise from a misinterpretation of the law and may operate as a valid defence to a criminal prosecution. A. Mewett & M. Manning, *Mewett & Manning on Criminal Law* (3d. ed. 1994), c. 11.

Recently, in Canada, officially induced mistake of law has been recognized as a defence to a criminal charge. "[A]n officially induced error of law may, in some circumstances, constitute a valid defence. This will of course depend on whether the opinion of the official was reasonable in the circumstances and whether it was reasonable for the accused to follow it." *R. v. Concoil Thermal Corp. and Parkinson* (1986), 52 C.R. (3d) 188 at 200 (Ont.C.A.).

(El error es un acto involuntario que implica la equivocación o la falsa apreciación sobre la existencia de una cosa, surgiendo de la ignorancia o de una creencia falsa sobre el punto. El mero olvido no es un error contra el cual un tribunal pudiera tomarlo en consideración. (Lovejoy vs. Mercer (1911)).

Una distinción se traza entre el error unilateral, el error común, y el error mutuo en la ley sobre contratos.

El error común es aquel en el que ambas partes se encuentran bajo un error y comparten la misma creencia equivocada. 'Cada uno sabe (conoce) la intención del otro y lo acepta, pero cada uno desconoce algún hecho subyacente y fundamental.' (*M. Furnstons, Cheshire, Fifoot y la Ley de Furnstons sobre el Contrato 235 13o editor 1996*). Por el ejemplo, en la compra venta de una vaca, A y B (ambos) creen que la vaca es un semental, cuando de hecho es estéril.

El error mutuo ocurre cuando 'en la contratación las partes entienden mal el uno al otro y ambos están en el malentendido. Por ejemplo, A tiene la intención de ofrecer a la venta su automóvil Sierra de Ford, pero la B cree que la oferta se relaciona con el Ford Granada también poseído por A.'

El error unilateral resulta cuando una de las partes yerra en cuanto a los términos (condiciones) u objeto. La rectificación o la alteración del contrato están disponibles como un remedio por este tipo de error sólo si pueden mostrarlo que la otra parte era consciente del error y que su aprovechamiento de ello constituiría un al fraude o constituiría la falsificación que constituye el fraude. El contrato, sin embargo, puede ser rescindido si el error es de carácter fundamental. *Sykes vs. The King*, [1939] Ex.C.R.; *McMillen vs. Chapman and S. S. Kresge Company Ltd.*, [1953] O.R.399 at 405-06 (C.A.); *McMaster University vs. Wilchar Construction Ltd.*, [1971] 3 O.R. 801 (H.C.); *Pacific Petroleum Ltd. Vs. Concordia Propane Gas Marketers Ltd.* (1977).

Una distinción es hecha por algunos tribunales y escritores entre el error 'común' y el 'mutuo'. A veces los términos (las condiciones) son usados de manera intercambiable. Fridman sugiere que 'poco, si alguno, es el efecto teórico o práctico que puede fluir de la diferenciación de error común y mutuo. 'Fue declarado en la Universidad

El penalista Rafael Márquez Piñero, retoma las ideas de Jiménez de Asúa y señala:

la distinción es la importancia y se finca en el terreno de la psicología, y se encuentra ya en la obra de Platón. *La ignorancia* supone la falta absoluta de toda representación, y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo. El *error* supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto; es un estado positivo. En definitiva, la ignorancia es una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso.

A pesar de la importancia psicológica de la distinción, para el derecho positivo y la práctica judicial, el error y la ignorancia se identifican, porque sus efectos son los mismos, los dos conceptos se reúnen en un solo, y los códigos utilizan la

McMaster vs. Wilchar Const. Ltd. [1971] 30.R. 801 en 809 (H.C.): 'En el error mutuo o común el error o el error para evitar el contrato conforme a la ley, deben haber estado basados sobre una asunción fundamental equivocada en cuanto a la materia del contrato o sobre un error que se relaciona con un término fundamental del contrato.' (G. Fridman, *la Ley del Contrato en Canadá* 272-73, 4a e. 1999).

Una remota distinción es dibujada entre un error de ley y un error de hecho. En la ley de contrato, un Error de hecho es 'un error no causado por la negligencia de deber legal de parte de la persona que hace el error, y consistiendo en una inescrupulosidad, la ignorancia, o el olvido (pasado o presente) sobre la transacción; o en la creencia sobre la existencia presente o un material que no existe, o en creencia sobre la existencia pasada de una cosa que no ha existido'. Un error de hecho justificará la rescisión del contrato si el error afecta a la naturaleza de la transacción.

Sin embargo, un Error de Derecho consiste en que la ignorancia de alguien sobre las consecuencias legales de su conducta, aunque él sea totalmente consciente de los hechos y la sustancia de aquella conducta - generalmente no es considerado como suficiente para justificar la rescisión o la reforma de un contrato, a no ser que el error sea mutuo o consentido por las partes y respecto de los derechos establecidos en el contrato. *U.S.A. v. Motor Trucks Ltd.* (1922), 52 O.L.R. 262 a 271-72 (S.C.A.D.); *Thompson v. Crawford* [1932] O.R. 281, affirmed 41 O.W.N. 231 (C.A.). Compare *ignorantia legis non excusat*.

El derecho penal tradicionalmente ha reconocido la misma dicotomía, permitiendo a un error de hecho en algunos casos constituir una defensa válida contra un cargo criminal, pero confiando en la máxima '*la ignorancia de la ley no es ninguna excusa*' con respecto a los errores de ley. Esta máxima ahora es incorporada a la s. 19 del Código criminal, R.S.C. 1985, c. C-46. Generalmente, sólo un error de hecho es, en Canadá, una defensa válida ya que esto niega uno de los elementos esenciales de aquellas ofensas que requieren un estado de ánimo culpable, p. ej., *mens rea*. Sin embargo, aunque un error de ley no sea ninguna defensa, un error de hecho puede provenir de una mala interpretación de la ley y puede funcionar como una defensa válida a un procesamiento criminal. A. Mewett & M. Manning, *Mewett & Manning on Criminal Law* (3d ed. 1994), t. 11.

Recientemente, en Canadá, el error fue introducido oficialmente en la ley y ha sido reconocido como una defensa contra un cargo criminal. 'Oficialmente se introdujo el error de derecho y en algunas circunstancias puede constituir una defensa válida. Esto desde luego dependerá si la opinión del funcionario era razonable dadas las circunstancias y si es razonable para el acusado sostener la misma.' *R. vs. Cancoil Thermal Corp. and Parkinson* (1986), 52 C.R. (3d) 188 at 200 (Ont.C.A.).

expresión error en su mayoría, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente. En cuanto a género, el error desde el derecho romano, se distingue en error de hecho y error de derecho, y siguiendo al maestro Savigny se ha señalado que el primero recae sobre hechos jurídicos, o sea, sobre las condiciones exigidas en el hecho para la aplicación de una regla jurídica, y el segundo incide sobre el derecho objetivo, distinción que, al decir de Jiménez Asúa, se encuentra en la mayor parte de las legislaciones contemporáneas, recibida por Carrara, y seguida por un gran número de penalistas, incluso actuales.¹⁴

Efectivamente, estas ideas recogidas por Márquez Piñero de la obra de Jiménez de Asúa recuerdan que es Platón quien centra la discusión sobre el error como tema principal en el diálogo "el sofista", en él, recalca las viejas posturas de Parménides respecto al ser y no ser. Y discurre sobre el no ser que no es el error. Al final nos preguntamos ¿cómo arribamos a la conclusión de no estar en el error? ¿Es acaso un concierto general sobre el conocimiento? Para ilustrar estas cuestiones podemos pensar en las ideas que, a la postre fueron fundamentales. Ubiquemos en su tiempo a Galileo, pensemos en cómo se recibían las ideas de un mundo esférico, cómo se tomaba la idea de un sistema heliocéntrico contra el geocéntrico que imperaba, etcétera. Por esa clase de errores la gente de su tiempo podía ser sancionado penalmente. En el ámbito jurídico Carrara será quien distinga estos aspectos y con él se iniciará la discusión sobre las clases de error.¹⁵

¹⁴ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª reimposición de la 4ª. ed., Trillas, México, 2001, p. 279.

¹⁵ Jiménez de Asúa escribió sobre el particular: "Carrara -inspirándose en la psicología- distinguió, a su vez ignorancia de error, caracterizando la primera como 'un estado *negativo del alma*', consistente 'en la ausencia de toda noción' 'relativa a un objeto', y apreciado al segundo como 'un estado positivo' de falso conocimiento; pero, aun reconociendo el gran maestro de Pisa que, metafísicamente considerado el asunto, difiere de modo profundo la *ignorancia* y el *error*, entendió, contrariamente a la tesis de Savigny -que veía siempre un estado de ignorancia, puesto que el error nace en todo caso de ignorar alguna cosa-, que no había para qué ocuparse en las situaciones negativas, puesto que no pueden ser causa de acción, y que, en consecuencia, 'el criminalista no tiene para qué estudiar la *ignorancia*, sino solamente el *error*'. *Tratado de Derecho Penal*..., pp. 313 - 314.

A nadie le es permitido ignorar la ley, escribe Joaquín Costa, en consecuencia, acota, se presume que todo el mundo conoce las leyes, presunción que se mantiene a sabiendas que es contraria a la realidad de las cosas.¹⁶ Lucio Eduardo Herrera, tratadista argentino, escribe:

Error es la discordancia o no conformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas. Equivocación, desacierto. Concepto equivocado. Vicio del consentimiento. También juicio inexacto o falso. En otras palabras, el error consiste en la falsa idea que tenemos de algo, ya que no resulta ser tal cual creemos. La ignorancia es falta de ciencia, de letras y noticias, es decir, la ausencia total de conocimientos acerca de algo. [...]

Carrara sostiene que desde el punto de vista metafísico, la ignorancia y el error son muy distintos entre sí. La ignorancia es un estado negativo del alma; el error, un estado positivo. Pero como el Derecho Penal no tiene en cuenta las condiciones del ánimo, sino cuándo fueron causa de la acción, y como el estado de ignorancia, por ser puramente negativo, no puede ser causa de acción, el penalista no tiene ocasión de observar la ignorancia, sino únicamente el error.

Alimena, luego de indicar la diferencia entre ambos términos, dice: 'Pero tanto éste es ignorancia como aquélla es error', unificando así el significado, y destaca que por esta razón el Código italiano emplea el término ignorancia. Maggiore adopta idéntica solución [...]

Núñez, luego de afirmar que la ignorancia es la falta de toda noción y el error la falsa noción sobre algo, dice que no es necesario separarlos porque los principios relativos a uno comprenden los del otro.

En similar posición, Soler, quien aclara que como es difícil un caso de ignorancia pura, habla perfectamente del error. Y Fontán Balestra, quien también cree que la diferenciación carece de interés en la práctica.¹⁷

¹⁶ Cfr. Costa, Joaquín, *La ignorancia del Derecho*, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2004, p. 13.

¹⁷ Herrera, Lucio Eduardo, *El error en materia penal*, 2ª. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 11 – 13.

Maggiore, citado por la mayoría de los tratadistas modernos señala: "el error es el conocimiento deficiente o insuficiente de la verdad, es decir, una desviación del juicio. Comprende pues, también la ignorancia, que es un error total, así como la ignorancia es parcial."¹⁸ Al respecto acotamos: conocimiento deficiente no es conocimiento. Por otra parte involucrar a la verdad como meta del conocimiento eleva la posibilidad de que alguien pueda estar fuera del error. Asimismo vemos que el autor italiano invita a la reflexión sobre la identidad de la ignorancia con el error.

Resulta claro el tratamiento unánime que reciben la ignorancia y el error en materia penal; aun cuando sus rasgos se distinguen particularmente, sus efectos tienden hacia un mismo resultado. En su libro *Culpabilidad y error*, Luis Fernández Doblado establece que "El diccionario de la lengua, al definir el error como un concepto equivocado o juicio falso, se limita a considerarlo respecto de la actitud mental del sujeto. Y es precisamente este tipo de error en su concepto psicológico, referido a la actividad cognoscitiva de una persona, el que mayor relevancia tiene desde el punto de vista jurídico penal, en tanto este estado anímico proyecta su influencia en el comportamiento exterior del sujeto."¹⁹ Dicho jurista excluye en su momento el error ocasionado por el ensayo. Distingue para destacar el tema el fallo o equivocación que pueden derivar de la impericia y no del estado mental a que se hace referencia, aun cuando aquélla puede derivar de éste.

Si en el caso en concreto un sujeto dispara un arma en una zona de tiro contra un objeto que, pareciera ser el blanco prefijado, y más tarde descubre que le ha

¹⁸ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal, Volumen I*, 2ª reimpresión de la 2ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000, p. 318.

¹⁹ Fernández Doblado, Luis, *Culpabilidad y error*, edición del autor, México, 1950, p. 39.

disparado a quien iba a colocar dicho blanco, lo mismo ocurre si dispara sin saber que una persona se ha situado detrás del blanco. Luis Jiménez de Asúa, recoge en su tratado una tesis muy interesante del italiano Mario Pagano:

Los tratadistas siguen, en gran mayoría, la tesis simplificadora, aunque discrepan en cuanto a la manera de unificar los términos.

Citemos, ante todo, el nombre de Mario Pagano, por ser de los primeros que, entre los que escriben de Derecho penal, sustentan estos criterios: 'Las acciones hechas en la plena ignorancia -dice el desgraciado escritor- están, por ello, exentas de dolo, inmunes de pena. Y lo mismo conviene decir de aquellas cometidas por error. El error de hecho es una ignorancia de lo que es, y una cognición de lo que no es; y esa cognición equivale a la ignorancia'.²⁰

Este pensamiento es la base del trabajo que ahora se trata, alcanzar la exclusión del delito cuando no se ha proyectado el sujeto la consecuencia de su acto y menos la ha deseado o querido, pero hay que acotar que en la actualidad esta división ha quedado superada.

Franz Von Liszt al referirse al tema del error, advierte desde las primeras líneas la trascendencia jurídica de un correcto tratamiento, "del concepto del dolo se deduce la importancia jurídico-penal de un error del autor."²¹

En el diccionario del joven jurista mexicano Rubén Quintino reconocemos el trabajo de los penalistas alemanes quienes son citados de la siguiente manera:

²⁰ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 313.

²¹ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, 4ª ed. (traducción de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa), Editorial Reus S.A., Madrid, 1999; p. 417.

Siempre es relevante la especie de dogmática que el sistema penal suele plantear con motivo de los casos de error; ya que es muy famosa por ejemplo la fórmula dogmática en el sentido de que, tratándose de un error de tipo vencible, se excluye el dolo y permanece subsistente la punibilidad por culpa. Recientemente ésta fórmula dogmática es fundamentada por razones de política criminal y no como quería el finalismo con base en estructuras lógico-objetivas.

Claus Roxin, quien encabeza la inclusión de la política criminal en las decisiones dogmáticas del sistema penal, se ha pronunciado del siguiente modo: 'me interesa señalar que las llamadas teorías del error únicamente pueden fundamentarse en la teoría de los fines de la pena.'

La novedad entonces consiste en que las estructuras lógico-objetivas de la finalidad siguiendo en esto a Shünemann no pueden vincular al legislador a decidir problemas de error, pues tal decisión debe ser guiada por consideraciones político-criminales.

A lo anterior también se suma de Faria Costa, cuando admite que se puede distinguir ontológicamente el error de tipo y el error de justificación aunque dice no se puede dar un tratamiento diferente.

Lo dicho nos confirma que ha fracasado la idea finalista de aplicar el método ontológico al sistema penal hasta alcanzar decisiones dogmáticas universales. [...] Tiedemann pretende generalizar al decir que si alguien no conoce que lo que hace es un delito se debe: a) a un error de tipo; b) a la suposición errónea de las circunstancias justificantes; c) al desconocimiento de la norma prohibitiva, o d) a la suposición errónea de la existencia de una norma permisiva.

Concerniente al error de tipo y de prohibición, veamos cuál es la opinión concreta de Bernd Schünemann: 'considero recomendable (...) que el legislador equipare error de prohibición y error de tipo.'²²

Günter Jakobs, por su parte, se muestra suspicaz, atendiendo a que la concurrencia de un defecto (error) volitivo agrava la responsabilidad mientras que un defecto cognitivo la exonera, generalmente.

²² Idea con la que no estamos de acuerdo, como lo señalaremos más adelante, pues subsiste la discusión sobre la existencia del dolo en aquellas conductas que se hacen por un acto de conciencia.

Lo anterior ha dado oportunidad a Jakobs para poder afirmar que la ley y la bibliografía penal, se comportan como esclavos de los hechos psíquicos, de modo que la normatividad se rinde ante lo perceptible por los sentidos, pues: sin conocimiento de la realización del tipo (error de tipo), se dicen, decae el dolo, con independencia de la razón del desconocimiento.

Con lo anterior se demuestra, que siendo el desconocimiento del tipo un error o defecto cognitivo (en la inteligencia del agente), puede alcanzar menor censura e incluso excluirla, en tanto que algún defecto volitivo generalmente la agrava.²³

Bajo esta síntesis del pensamiento alemán debemos señalar que representa brevemente las líneas sobre las que versa el problema del error en la actualidad, por ello, ahondamos en lo que han escrito los penalistas Roxin y Jakobs, ambos, máximos exponentes de las ideas penales de nuestro tiempo. Jakobs en su libro *Moderna Dogmática Penal* señala:

Aún debemos someter a un examen más exhaustivo al desconocimiento evitable de la norma. La solución que el Tribunal Supremo Federal da al error relativo a la norma y que he esbozado antes, proveniente de la teoría de la culpabilidad, no vincula a todo desconocimiento evitable de la norma una atenuación de la pena, sino que sólo ofrece la posibilidad de atenuarla, lo que no siempre tiene que producirse. Y esto es lo que ahora prevé la *lex lata*: en caso de desconocimiento *puede* producirse la atenuación (§ 17 StGB²⁴). Por consiguiente, no existe una relación rígida entre el hecho psíquico de la falta de conocimiento actual y la atenuación de la pena. Al contrario, si el desconocimiento se fundamenta en un desinterés en conocer, sin que ese desinterés a su vez pudiese explicarse mediante una razón que deba valorarse como favorable al ordenamiento jurídico, se mantiene la pena completa. Un ejemplo extremo: quien

²³ Quintino Zepeda, Rubén, *Diccionario Básico de la Ciencia Penal Moderna*, Edición del autor, México, 2001.

²⁴ El § 17 StGB prescribe: "Error de prohibición. Si el autor desconoce en el momento de la comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1."

conduce en el tráfico rodado un vehículo que no está admitido para ello, no puede argumentar que no pensó en la prohibición porque ese tipo de nimiedades no merecen su atención. La posibilidad de establecer la atenuación, por tanto, rige, por ejemplo, respecto de un autor que no tiene en consideración el Derecho por estar excitado, por estar sobrecargado sin ser responsable de ello, o por razones similares. Dicho de otro modo: la ley distingue en los supuestos de desconocimiento de la norma entre aquellos casos en los que el autor lo sufre por error y aquellos en los que el desconocimiento es consecuencia de que el autor se ha apartado del objeto de conocimiento. Sólo el primero de los supuestos de desconocimiento puede denominarse error en sentido estricto, esto es, falta de conocimiento que el mismo sujeto yerra valora de forma negativa; en el segundo tipo de desconocimiento falta esa valoración negativa. Puede que esto quede más claro utilizando un ejemplo proveniente del campo de las normas religiosas: quien está informado sobre las reglas del Islam puede conocer lo que éstas exigen a lo largo del día. Si no tiene en cuenta nada de ello porque no tiene la intención de vivir según esas reglas, no está permanentemente inmerso en un error, ya que no quiere en absoluto saber lo que podría saber. Esta diferenciación ya la encontramos en Aristóteles, quien sólo admitía falta de voluntariedad en sentido estricto en aquellos casos de desconocimiento de las consecuencias del comportamiento en los que el autor contempla el resultado de su actuar con disgusto o pesar.²⁵

A través de la casuística, Jakobs comprende el tratamiento igual a conceptos desiguales. Años antes escribía el mismo autor: "la delimitación del dolo con respecto a la imprudencia se verifica en conexión rígida con un hecho psíquico: Sin conocimiento de la realización del tipo está excluido el dolo, según el § 16 StGB²⁶⁻²⁷, dice el jurista

²⁵ Jakobs, Günter, *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, Porrúa, México, 2002, p. 95.

²⁶ Claus Roxin señala: "El § 16 reza: 'Quién en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente'" [Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 1ª reimposición de la 1ª edición, (trad. de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña), Civitas, Madrid, 2000, p. 458.]

alemán, con independencia de en qué se base tal desconocimiento.²⁷ Pero no hace distinción sobre ignorancia y error. Jakobs incluye en la discusión los elementos cognitivos y volitivos para determinar la responsabilidad. Sobre éstos últimos ampliaremos su discusión líneas abajo cuando llegue el momento de establecer las premisas sobre la vencibilidad del error y la responsabilidad por el mismo.²⁸

²⁷ En nuestra legislación encontramos como excluyente de delito al error de la siguiente manera: artículo 15 del Código Penal Federal: El delito se excluye cuando:

(...) VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.

Por su parte el artículo 14 del código penal español señala: "1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados."

²⁸ Cfr. Jakobs, Günter, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, (trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo), Madrid, 1997, p. 656.

²⁹ Asimismo, Jakobs escribe: "Comenzaré exponiendo qué es lo que aquí se entiende por error. Ciertamente, el desconocimiento inevitable de la realización del tipo o del injusto constituye un error; en lo que sigue, se intentará demostrar que en algunos supuestos, de lo que se trata es incluso de la exclusión de la imputación objetiva, es decir, que el desconocimiento ni siquiera resulta relevante. Más difícil resulta tomar una decisión acerca del ámbito de lo evitable. La solución más adecuada sería la de tratar cualquier clase de desconocimiento que dé lugar a exoneración total o parcial como error al menos parcial. De este modo, quedaría excluido aquel desconocimiento que no exonerara, derivado, por ejemplo, de indiferencia. También cabe proceder así en el campo del desconocimiento del injusto: conforme al Derecho penal alemán, el mero hecho del desconocimiento no exonera por sí mismo, sino que el criterio decisivo está en las razones de ese desconocimiento (art. 17, inciso 2º StGB). Por lo tanto, la Ley reconoce que un desconocimiento del injusto fundado en indiferencia no afecta a la responsabilidad. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata del desconocimiento del tipo. En este ámbito, la Ley sigue anclada en una distinción psicologizante, lo que significa que el desconocimiento del tipo derivado de indiferencia tiene el efecto de exonerar ya por el mero hecho de concurrir ese desconocimiento. Si a pesar de este defecto del Derecho positivo los supuestos de desconocimiento del tipo por indiferencia no se trataran como errores, en los casos en los que se produce una colaboración con un autor de estas características quedaría excluida –al no concurrir, precisamente, error– la autoría mediata; sin embargo, también habría que excluir la concurrencia de una participación accesoria, ya que ésta tiene como presupuesto en el Derecho penal alemán la existencia de un hecho principal doloso (sin conocimiento positivo, y, por tanto, también en los casos de indiferencia irreflexiva del autor principal, no cabe participación accesoria, arts. 25, párrafo 2º, 26, 27, párrafo 1º StGB). Por tanto, los supuestos de desconocimiento por indiferencia frente al tipo habrán de ser tratados conforme al Derecho alemán como casos de ficción de error, aunque en la medición de pena deberá tenerse en cuenta que bajo el *nomos* de la autoría mediata se están tratando casos que desde el punto de vista material son de participación. Sin embargo, en los supuestos de autolesión del instrumento, por otra parte, puede conectarse de nuevo directamente con la situación material: el hecho de que la provocación a una autolesión realizada con indiferencia frente al tipo quede impune no abre –a diferencia de lo que sucedería en el ámbito de la provocación a una heterolesión ejecutada con indiferencia frente al tipo– una laguna. El requisito de dolo para el hecho principal en la participación accesoria también tiene efectos negativos en los

Claus Roxin destaca por su parte, que la falta de conocimiento nos remite al elemento intelectual del dolo y señala: "El conocimiento sólo falta por tanto cuando quien actúa no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo"³⁰, El profesor de Munich hace referencia a una de las clases de error, pero establece de igual forma la identidad entre ignorancia y error.³¹

La doctrina penal unifica de manera pragmática el criterio mediante el cual se identifica al error con la ignorancia, tal como lo preveía Carrara. Este pensamiento, como veremos líneas abajo coincide con el derecho anglosajón donde la ignorancia y el error como defensas reciben igual trato. Jiménez de Asúa establece:

Coinciden con los criterios expuestos dos autores alemanes, diciendo asimismo que si bien la ignorancia es la negación del conocimiento y el error el conocimiento defectuoso, para el jurista esa diferencia no tiene trascendencia. Esto destaca en la exposición de M. E. Mayer, incluso desde la definición, en la que dice que 'un acto descansa sobre el error cuando el conocimiento falso o el no-conocimiento, ha sido decisivo en esa conducta'. Del mismo modo piensa A. Köhler. También Carlos Binding, en su magistral trabajo, cree que todo

supuestos de errores que no están motivados por indiferencia; pues tiene como consecuencia que el elemento de participación (el error del otro es evitable) que aparece junto a la autoría mediata (el otro yerra) no puede ser aprehendido correctamente, sino que queda confundido como elemento de la autoría mediata." *La autoría Mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, 1ª reimposición, (trad. Manuel Cancio Meliá), Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colombia, 2001, pp. 11 - 13.

³⁰ Roxin, *Derecho Penal...*, p. 458.

³¹ En ese mismo sentido Jiménez Martínez en México, siguiendo a Londoño Berrio, a Soler (Argentina) y a Alimena (Italia), señala: "Ciertamente, tanto la 'ignorancia' como el 'error' son claramente diferenciables desde el punto de vista psicológico y fisiológico; sin embargo, en Derecho penal, ambos estados de conocimiento originan las mismas consecuencias.

'...Frente a la ignorancia que constituye el desconocimiento total de un hecho o la carencia de toda noción sobre una cosa, surge el concepto de error, que no es sino la distorsión de una idea respecto a la realidad de un hecho, de una cosa o de su esencia. No obstante la diferencia entre la ignorancia y el error, en sentido jurídico se usan indistintamente tales términos, pues tanto vale ignorar como errar sobre la esencia de una cosa o de un hecho...'

'La distinción entre ignorancia y error -dice Alimena- no es fundamental en el sentido de sus consecuencias jurídicas. La primera indica falta de nociones y el segundo, en cambio, supone la presencia de nociones falsas, equivocadas o dispartadas. La ignorancia es puro no saber y el error es saber mal." Jiménez Martínez, Javier, *Elementos de Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 2006, pp. 557 - 558.

conocimiento falso significa precisamente un no conocimiento, y, a su vez, todo no conocimiento un conocimiento erróneo. Falta, por consiguiente, base para distinguir técnicamente el error y la ignorancia, aunque también es cierto que puede ser razonable emplear de preferencia ya una ya otra de esas expresiones.³²

De la opinión general sobre estos conceptos se deriva su tratamiento igual, sin distinciones de ninguna especie, por lo que, para los efectos de este trabajo, adherido a la *communis opinio*, se entenderán como sinónimos de acuerdo con los efectos que producen la ignorancia y el error, lo que no es óbice para utilizar este término que ha tenido mayor resonancia en la materia. No olvidamos que también es parte del tema general este último vocablo.

De esta generalidad no podemos omitir el hecho que, excelentes penalistas como Von Bar disienten de esta unidad al establecer ideas en las que "El error excusa el hecho más que la simple ignorancia, cuando el resultado dañoso proviene de tales circunstancias. En caso de error, el agente está convencido de que el efecto perjudicial no tendrá lugar, mientras que en la ignorancia no piensa, para nada, en su resultado antijurídico. Por eso, concluye von Bar, que estando excluido el dolo en caso de ignorancia, con más razón debe estarlo en caso de error".³³

La ignorancia y el error tienen una concepción distinta. Filosófica y psicológicamente pueden distinguirse; resulta inconcuso que podríamos establecer diversos ejemplos en los que se definiría cada concepto, sin embargo, por los efectos jurídico penales que derivan de ambos, no existe una razón para distinguirlos, por tanto

³² Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 314.

³³ *Ibidem*, p. 315.

este trabajo, como los que lo han precedido está adherido a las ideas unificadoras.³⁴ Aun cuando, en su momento observemos que no hay un tratamiento igual para las distintas clases de error, lo cierto es que la ignorancia es fuente del error (salvo en la creencia discrepante) y jurídicamente tienen el mismo efecto. Esta asignatura queda pendiente hasta entonces. Así, la ignorancia puede constituirse como el presupuesto para el error en sus dos especies más importantes: error de tipo y error de prohibición. Por ejemplo: la ignorancia sobre el estado de embarazo de la víctima puede llevar a que un sujeto realice una conducta que va encaminada a dañar a la persona, más no así al producto, del que ignora su existencia. Así, también, por ejemplo, un sujeto desconoce que su conducta, que es lícita en su lugar de origen, está prohibida en otra entidad.

1.1.2. La buena fe.

Luis Jiménez de Asúa incluye en su estudio sobre la naturaleza del error un elemento cuyas características esenciales hacen necesario su estudio, aun cuando no es común que los penalistas aborden lo relativo a la buena fe o bien, se considere que se trata de una parcela de carácter civil. El penalista español refiere:

Como la noción de buena fe nos llega a los penalistas del Derecho privado [...] 'El hombre ha obrado, pues, con la convicción de no causar lo que ha causado o de causar otra cosa diversa'.

³⁴ Y así observamos que la dogmática penal española se adhiere a la teoría unificadora, cfr. Muñoz Conde, Calderón y Choclán (*Derecho Penal*, Tomo I, *Parte General*, Bosch, Barcelona, 1999.) entre otros.

En puridad esta fórmula de obrar de 'buena fe' ha quedado anticuada, y el propio Bernardino Alimena lo reconoce, al tratar brevisísimamente de ella, en su libro de conjunto sistemático, en que, como acabamos de ver, la identifica con el error.

Contados eran los antiguos Códigos que la mencionaron. Sólo cita B. Alimena tres, de los Cantones suizos, que ya no tienen competencia para codificar en materia penal, puesto que es bien sabido que rige, desde 1942, un sólo Código para toda la Confederación. En efecto el Código de Turgovia³⁵, en su art. 23 previó la 'buena fe' como causa de irresponsabilidad, mientras que los de Schaffhausen (§ 39) y Lucerna (§ 54) lo que hacen es decir expresamente que aquélla no tiene función alguna eximente. Estos tres Códigos prevén la buena fe como secuela de la triple fuente de la religión, de la conciencia moral y de la valuación del motivo o del fin. [...] Como puede verse por lo dispuesto en los Códigos cantonales suizos y en el griego, la *buena fe* y la *convicción* se entrecruzan muy peligrosamente. Conviene separarlas. Cuando la buena fe se refiere a la propia conducta, o dicho de otro modo, cuando *de* buena fe cree el agente que su acto no es delictivo, ora porque los hechos que se representa no son los que típicamente penan las leyes, sino los que consienten, ora porque crea que le asiste el derecho de obrar así, nos hallamos en presencia de un error de hecho o de derecho, y no habrá, por ende, ara qué hablar de buena fe si se ha legislado sobre el error. Pero cuando se refiere a la convicción de que puede obrar así atendiendo a las motivaciones religiosas, al objetivo final ('el fin justifica los medios') o al motivo de su conducta, conociendo el alcance de su acción y las disposiciones legales, entonces la tal *convicción* no puede excusar, como ya hemos visto oportunamente. Obsérvese, en efecto, que el Código griego de 1834 no menciona la buena fe, sino la convicción y la 'persuasión'.³⁶

Esta inclusión del concepto de buena fe la podemos identificar con la figura procesal-constitucional de la presunción de inocencia. Consideramos que la persona

³⁵ Cantón al norte de Suiza. N. del A.

³⁶ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 320.

actúa conforme a las leyes. Paradójicamente la buena fe es un aspecto que no aparece en la mayoría de los diccionarios penales y ello cobra justificación cuando se advierte que cuando se refiere a "haber errado de buena fe" implica un juicio que, al hablar de error esencial e invencible, resulta innecesaria su discusión.

1.1.3. El error y la duda.

Con Roxin encontramos el ejemplo que reza: yerra quien dispara a un espantapájaros y descubre que le ha disparado a una persona. Duda quien vacila que se trate de un espantapájaros o una persona y sin embargo dispara, dejando al azar el resultado. Bajo este aspecto el sujeto es culpable.³⁷ Jiménez de Asúa establece:

Ya Binding había afirmado que la duda no excluye el dolo y A. Merkel añadió que la duda no excluye 'un querer eventual del hecho'. Con igual firmeza advierte Manzini que 'la *duda* no es ignorancia ni error, sino conocer, ya que la certeza no es en absoluto atributo del conocimiento' Y, por ello, repite la frase de Binding de que el dolo no se excluye por la duda. Pero A. Merkel, primero, y luego Manzini, llevan tan lejos al aserto que creen que hay duda en el *dolus eventualis*. En cambio V. Cavallo, se contenta con subrayar que la duda, 'que es la incertidumbre', 'no puede decirse ignorancia...', 'ni error'. Con criterio semejante al de Binding y Manzini, opina Soler que 'no se equiparan el error y la ignorancia a la incertidumbre o a la duda, pues éstas, a los efectos jurídicos, se igualan al

³⁷ Cfr. Roxin, *Derecho Penal...*, p. 458.

saber: el cazador que duda si lo que ve es un animal o un hombre, y a pesar de esa duda dispara, no obra por error'.³⁸

La duda es resuelta por la dogmática penal de manera unánime: no pertenece a la clasificación del error, debido a que en la misma va inserta la resolución del sujeto de realizar un acto que abre las posibilidades de actualizar la hipótesis normativa penal.

Fernández Doblado se adhiere a lo dicho por Soler y, en ese sentido escribe: "Respecto de la duda, ésta es en realidad una ignorancia calificada y consciente, puesto que surge cuando comienza la posibilidad de error. Esta ignorancia que puede dejar de serlo a voluntad del sujeto que la sufre."³⁹

1.2. División histórica ("error facti" y "error iuris").

Tradicionalmente al error se le clasificaba en error de hecho y error de derecho. Dicha clasificación aunque se establece con los siglos de tradición jurídica, sus alcances llegan casi a las postrimerías del siglo XX.

El error de hecho lo define Antolisei de acuerdo con la legislación penal italiana. El jurista italiano señala: El error sobre el derecho está reglamentado en nuestro Código por los dos primeros apartados del artículo 47 y del artículo 48. El primero dispone: 'el error sobre el hecho que constituye el delito excluye la punibilidad del agente. Sin embargo, si se trata de error determinado por culpa, no se excluye la punibilidad cuando

³⁸ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 324.

³⁹ Fernández Doblado, *Op. cit.*, p. 43.

el hecho está previsto por la ley como delito culposo'.⁴⁰ Maggiore escribe: "Se tiene error de hecho cuando permaneciendo íntegro el conocimiento de la norma jurídica, la voluntad del agente es viciada por la ignorancia o por falso conocimiento de una situación de hecho. Este error de hecho puede recaer: a) sobre un elemento esencial del tipo legal de delito (*Tatbestand*) [...] b) sobre un elemento accidental del delito."⁴¹

Al establecer un elemento esencial del tipo legal, el concepto se orilla hacia aspectos meramente jurídicos y no del acontecimiento como tal. Luis Jiménez de Asúa escribe:

Provisionalmente -como toda definición que sólo alcanza la meta de su verdad concentrada, cuando se explica- podemos decir que el llamado error de hecho, es el que impide al sujeto, activo lograr la representación real del acontecimiento. Para que el error se considere de hecho, ha de referirse a la representación de las características objetivas esenciales sin atender a su significado jurídico; es decir, estrictamente fácticas, que han de hallarse en correspondencia con el núcleo o las exigencias terminantes al objeto o los sujetos expresados en el tipo legal. Es, en suma, el error sobre la materialidad del hecho ejecutado. Por eso no deja de ser aguda la observación del Profesor inglés Glanville L. Williams cuando dice, al tratar de distinguir la ignorancia de hecho de la de derecho: 'Generalmente un hecho es algo perceptible por los sentidos, mientras que la ley es una idea en la mente del hombre.'⁴²

⁴⁰ Antolisei, Francesco, *Manual de Derecho Penal, Parte general*, 8ª ed., (trad. Jorge Guerrero), Temis, Bogotá, 1988, p. 291.

⁴¹ Maggiore, *Tratado de Derecho Penal...*, pp. 519-520.

⁴² Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 329.

Hernando Londoño Berrío, propone la unidad de los conceptos de error de hecho y error de derecho⁴³, al señalar:

La insuperable dificultad de una delimitación entre error de hecho y de derecho, fue acreditada con el desarrollo progresivo de la doctrina, y autores como Binding, Finger y Max Ernst Mayer coinciden en afirmar la absoluta identificación de ambas especies de error. Contribuyó también a esta identificación la perentoria razón de justicia de dar relieve al error de derecho, que no había podido tener un pleno reconocimiento por la regulación negativa expresa de los códigos. Evidentes formas de error de derecho —el error sobre la ley penal en blanco, el error sobre la ley extrapenal, el error sobre los elementos normativos de significación jurídica del tipo, las eximentes putativas—, habían sido tratadas incorrectamente como error de hecho, para sortear la dificultad representada en la inexcusabilidad del error o ignorancia del derecho.

Para respaldar la identificación y el trato uniforme a ambas formas de error, Finger acude al ejemplo de la cocaína, el cual le permite deducir que tiene la misma significación para el derecho, y, por lo tanto, deben ser idénticas las consecuencias, el hecho de que el sujeto tenga cocaína ignorando que se trata de dicha sustancia, o tenerla con conocimiento de que es cocaína, pero ignorando que su tenencia está prohibida. Pues como dice Soler, con mucho acierto, en ambas situaciones se ignora que la sustancia que se tiene está jurídicamente sometida a una regulación.

Estos planteamientos le permiten concluir a Finger que 'Si se admite que actuar jurídicamente significa examinar la relación entre la acción y el derecho y comportarse en consonancia con éste, y que el derecho no puede requerir sino que todos obren conforme a los preceptos por ellos conocidos, resulta que debe ser indiferente para la culpabilidad cuál sea el elementos en el que el error se funde. Asegúrese a ello que es imposible una distinción suficiente entre error de

⁴³ Idea que a su vez ha retomado de Fontán Balestra. Cfr. *Derecho Penal, introducción y parte general*, 16ª. ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 350.

derecho y error de hecho, por cuanto el derecho, en sus disposiciones, se refiere a hechos y con ello transforma las cuestiones de hecho en cuestiones de derecho’.

Soler también acepta la tesis de equiparar las consecuencias de ambas especies de error, porque ‘Si en efecto la culpabilidad se funda en una actitud síquica del sujeto, frente al ordenamiento jurídico, no podrá negarse la relevancia del error –sea cual sea su naturaleza– por causa del cual el individuo venga a actuar *sin tener conciencia de la criminalidad del acto*, que es, en definitiva, lo que da contenido a la culpabilidad...’.

La tesis unificadora del error trajo consigo la benéfica consecuencia de permitir dar por concluida la tradicional división del error de hecho y de derecho, fincada en la inexcusabilidad del segundo. La osada y valiente actitud de sus representantes suministró los soportes en que posteriormente se erigiría la moderna división del error, que distingue al error de tipo y el error de prohibición.

No puede ignorarse su meritorio esfuerzo en procura de dar por extinguida la injusta irrelevancia del error de derecho, pero en su tenaz lucha olvidaron que las condiciones de su admisibilidad tenían que ser diferentes, y que las consecuencias del error evitable de derecho también podrían ser diferentes.⁴⁴

Esta propuesta atiende al tiempo en que fue realizada, sin embargo, en la moderna dogmática penal, la nueva clasificación ha superado a la clásica, de tal manera que, ya en los libros de Jescheck⁴⁵, Roxin⁴⁶, Jakobs⁴⁷, Maurach⁴⁸, Muñoz Conde⁴⁹, Cerezo Mir⁵⁰, Calderón y Choclán⁵¹, Daza Gómez⁵², Díaz Aranda⁵³,

⁴⁴ Londoño Berrio, Hernando, *El Error en la moderna Teoría del Delito*, Temis, Bogotá, 1982, pp. 21-22.

⁴⁵ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Comares, Granada, 1993.

⁴⁶ *Op. cit.*

⁴⁷ *Op. cit.*

⁴⁸ *Derecho Penal, Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

⁴⁹ Muñoz Conde, Francisco., *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

⁵⁰ Cerezo Mir, José., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Tomo II Teoría Jurídica del Delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.

Zaffaroni⁵⁴, Herrera⁵⁵, Creus⁵⁶, por referir a algunos de los tratadistas actuales ya no hacen referencia al error de hecho y de derecho. La distinción entre error de derecho y el error de hecho, fue acentuada por una sistemática tradicional, cuyas características han migrado con los años hasta llegar a las nuevas posturas y denominaciones como "error de tipo" y "error de prohibición" que a su vez se van atomizando en las nuevas clasificaciones y con particularidades que abordaremos en los capítulos siguientes.

1.2.1. Etiología del error.

Al origen del error lo podemos estudiar desde diversos ángulos a lo largo de la historia. Su naturaleza y su concepción desde los puntos de vista filosófico y psicológico son los que permiten arribar a los efectos jurídicos que cada período y cada legislador en el tiempo les ha dado. Vela Treviño separa la discusión filosófica para determinar el origen psicológico del error y dice:

El error es una disconformidad entre lo afirmado en la inteligencia y lo que es la realidad. Como tantos otros conceptos, el de error solamente es inteligible siempre que se establezca una comparación; así, para entender conceptualmente lo que es la oscuridad es imprescindible saber lo que es la luz; tratándose del error, para entender en qué consiste es menester saber lo que es la verdad, entendida ésta no como concepto filosófico sino como realidad

⁵¹ *Op. cit.*

⁵² Daza Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito*, 2ª reimpresión, Cárdenas Editor, México, 2001.

⁵³ Díaz Aranda, Enrique, *Doctrina*, Porrúa, México, 2000.

⁵⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, et al., *Derecho Penal, Parte General*, 1ª ed., Porrúa, México, 2001.

⁵⁵ *Op. cit.*

⁵⁶ Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.

fenoménica; cuando exista discrepancia o disconformidad entre la interpretación y entendimiento de ciertos aspectos conceptuales y la verdadera realidad, puede decirse que aparece un estado de error. Para el tema del error en la culpabilidad se hace necesario referirnos a las clases tradicionalmente estudiadas del error, que son el error de hecho, '*error facti*', el error de derecho, '*error iuris*' dejando previamente expuesto que ambos tienen como contenido esencial una disconformidad entre lo afirmado intelectivamente y la realidad, distinguiéndose en que la realidad en el primer caso se refiere a las circunstancias de hecho y el otro a las circunstancias de derecho esto justifica que líneas arriba hayamos dicho que la discrepancia o disconformidad proviene de la diferencia existente entre la realidad y ciertos aspectos conceptuales como lo son de hecho y los de Derecho.⁵⁷

La posibilidad de errar está inserta en la esencia de quien tiene que ensayar para arribar a un conocimiento superior. La humanidad entera se ha transformado en medio de errores y aciertos, es por tanto que no se puede apartar la posibilidad de excluir la responsabilidad de aquél, que en ciertas circunstancias (definidas en su momento) ha cometido un acto que generalmente es reprochable, bajo la falsa apreciación de la realidad.

Antes de observar lo que el legislador ha considerado para castigar o para excluir del castigo, debemos apreciar el contexto en el que se funda.

⁵⁷ Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del Delito*, 4ª reimpresión, Trillas México, 2000, p. 336.

1.2.2. Marco histórico.

Cada institución jurídica se forma, modifica, amplía o disminuye acorde con la época en que se ubica. Cada pueblo le da a sus instituciones los alcances y efectos que permitan cumplir con los fines del derecho, según como interpreten éste.

El intrincado camino del derecho penal, su materialización en nuestras leyes y su carácter sancionatorio, cobra sustento al observar que, en su devenir está inmerso el pensamiento de quienes lo han ido construyendo.

A través del tiempo se ha querido vislumbrar no sólo su naturaleza, sino la trascendencia que tiene dentro de la sociedad, pues no es sino cuando existe un claro cumplimiento a la ley y la existencia de instituciones y leyes justas, que un Estado puede cumplir con sus demás objetivos. Polaino Navarrete nos introduce al tema de la siguiente manera:

El derecho penal, como todo ordenamiento jurídico, aspira a la consecución de determinados fines. Es, por tanto, un ordenamiento finalista, teleológico. Las normas penales no existen por capricho, por azar, ni porque sí, sino porque sino que existen por algo, o mejor, para algo. El derecho penal al seleccionar determinadas conductas humanas (constitutivas de delitos) se orienta a la satisfacción de exigencias de justicia: el derecho sirve a la justicia, y en esta dirección teleológica alcanza su última y definitiva justificación. La justicia es, pues, un valor característico del Derecho, legitimador de la norma, que permite diferenciar lo jurídicamente valioso (lo justo) de lo jurídicamente disvalioso (lo injusto).⁵⁶

⁵⁶ Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal*, tomo I, *fundamentos científicos del derecho penal*, 4ª. ed. totalmente renovada y actualizada, Bosch, Barcelona, España, 2001, p. 188.

Lo señalaba el maestro Porte Petit⁵⁹, el Derecho Penal es entre otras cosas, un derecho de carácter público, valorativo y finalista. La historia del Derecho Penal, no se puede contar por separado de la historia en general, sin embargo, al respecto podemos establecer que la rama penal le ha proporcionado al Derecho en general rasgos determinantes, de modo tal que, cuando citamos leyes antiguas, nos podemos remitir al tipo de penas imperantes en el devenir de las distintas sociedades que han poblado el planeta, piénsese en el Código de Manú, en el Código de Hammurabi, en las leyes mosaicas, etc., en todas nos encontraremos con sanciones impuestas por un gobierno en distintos momentos.

El derecho Penal, es pues un producto histórico, acendrado por tratadistas que lo han estudiado a fondo. Este conocimiento creado por el pensamiento humano ha tomado en cuenta para su creación al rechazo con el que una sociedad sanciona una conducta que le arremete. Es temporal y en algunos casos trascendente.

Márquez Piñero afirma: "Esto es así, pues cual sea el verdadero contenido del Derecho dependerá de lo que el Derecho en realidad sea (y así, según lo que el Derecho sea, la misión de la ciencia jurídica será el conocimiento de las normas o de los efectivos comportamientos de conducta, etc.) En todo caso, la ciencia jurídica siempre puede contar con un objeto de experiencia, ya que la legislación positiva constituye un hecho real.

En realidad, lo anteriormente dicho no constituye más que una consecuencia del proceso de esta caracterización científica de la filosofía (que tiene sus raíces, cuando

⁵⁹ *Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal*, 18ª. ed., Porrúa, México, 1999. p. 21.

menos en el pensamiento de Aristóteles), y que aparece en el pensamiento moderno como un sustitutivo de la venerable y antigua ciencia del derecho natural.⁶⁰

Así, Maurach, refiere, que el derecho penal ha pasado por diversas etapas, las cuales pueden ser estudiadas a la luz de los fines que ha perseguido a través de la imposición de penas. Y al efecto hace un análisis del derecho de la ilustración, el de la burguesía y el de las escuelas donde se discute entre la prevención y la retribución como fines de la pena.⁶¹

No obstante, señala Márquez Piñero, es a partir de la escuela histórica, cuando el pensamiento jurídico realiza un acucioso intento de demostrar que solamente del Derecho positivo es posible edificar una nueva ciencia, ya que únicamente el *ius* positivo tiene entidad ontológica jurídica, aunque ello no sea para olvidar que la ciencia del Derecho comenzó a gestarse, cuando menos, desde los glosadores. Lo que sí cabe reconocer es que el positivismo, en su primera fase, metodológicamente hablando refleja el proceso de neutralización e independencia del conocimiento científico (finales del siglo XVII y principios del XVIII).

El Derecho Penal tiene un devenir alimentado por la filosofía. Podemos hablar de sus fundamentos y estaremos frente a los sistemas de donde ha derivado el pensamiento de diversos e ilustres penalistas.

Al error lo encontramos inserto en el Código de Hammurabi el cual tomaba en cuenta, al momento de determinar la punibilidad del hecho, no solamente al hecho en

⁶⁰ Márquez Piñero en "La fundamentación Básica del Derecho Penal", *Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit*, 1ª ed., INACIPE, México, 2000. p. 380.

⁶¹ Cfr. Maurach, Reinhart, Zipf, Gössel, *Derecho Penal, Parte General*, 1ª ed, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994 (traducción de la 7ª ed. alemana, por Jorge Bofill y Enrique Aimone) pp. 89 -119.

sí, sino además el daño producido y la intencionalidad del sujeto. Para ser imputable un delito, éste debía ser cometido conscientemente.⁶²

En ese orden de ideas el § 227 señala: "Si un señor ha engañado a un barbero y éste ha borrado la marca de un esclavo para que no pueda ser identificado (como esclavo), se dará muerte a ese señor y se le colgará en su (propia) puerta. En cuanto al barbero jurará: 'Le he borrado (la marca) sin saberlo' y quedará en libertad."⁶³ El desconocimiento del hecho permite al barbero salvar la vida, pues resulta claro que el acontecimiento se realiza bajo el engaño efectuado por el solicitante.

En el antiguo pueblo hebreo, cuyo derecho va ligado a su religión encontramos que en el *Levítico* ya se distinguía entre pecados por ignorancia y por malicia (*Lev.* 5.15).⁶⁴

1.2.2.1. Grecia.

Si bien el pensamiento heleno no es fuente para una búsqueda histórica sobre el tratamiento del error en derecho, lo cierto es que sus filósofos dejaron profundas discusiones sobre la esencia del error, motivo por el cual es insoslayable dejar constancia de algunos trazos del pensamiento griego.

⁶² Cfr. *Código de Hammurabi*, 1ª reimpresión, Cárdeas Editor, México, 1992, p. 68.

⁶³ *Ibidem*, p.116.

⁶⁴ Cfr. Margadant S, Guillermo Floris, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, 6ª ed., Miguel Ángel Editor, México, 1998, p. 51.

Platón señala en su diálogo *El sofista o del ser* que "la ignorancia para un alma que se lanza en busca de la verdad, no es otra cosa que la desviación de un pensamiento extraviado."⁶⁵ Pero el filósofo griego va en aumento sobre las premisas que establece en este diálogo sobre el conocimiento. Dice que hay una especie más terrible de ignorancia: "la de imaginarse saber lo que no se sabe. Este puede muy bien ser el origen de todos los errores en que incurrimos."⁶⁶ Es así como se va gestando el pensamiento hasta establecer que si el error es lo opuesto de lo verdadero y lo verdadero es, entonces, el error no es. Surge la otredad como problema. No es en el entendimiento donde se alberga al error, luego, no puede hablarse del error. Pero, contrario a esta tesis, Aristóteles será quien, en su *Ética a Nicómaco* quien provea de los postulados que permitan el estudio del error. El estagirita al abordar el problema de la justicia escribió:

Siendo las acciones justas y las injustas las que acabamos de decir, se comete injusticia se obra justamente cuando alguno ejecuta tales actos voluntariamente. Cuando procede involuntariamente, ni comete injusticia ni obra justamente sino por accidente, porque aconteció ser justo o injusto lo que hacía. Si un acto es o no un acto de injusticia (o de justicia) se determina por su carácter voluntario o involuntario.

Si es voluntario se le censura, y es al mismo tiempo un acto de injusticia. De manera que puede acontecer que un acto sea injusto sin ser aún un acto de injusticia si no se le añade el ser voluntario.

Llamo voluntario, como he dicho anteriormente, lo que alguno hace entre las cosas que dependen de él, con conciencia y sin ignorar a quién, ni con qué, ni

⁶⁵ Platón, *Diálogos*, 29ª. ed., Porrúa, (colección "Sepan Cuantos..." núm. 13 B) México, 2005, p. 407.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 408.

por qué; por ejemplo a quién hiere y con qué y por qué motivo. Y en cada uno de estos respectos deben excluirse el error y la fuerza, como sería si uno, tomándose otro la mano, hiriese a un tercero: claro es que no habría obrado voluntariamente, porque el acto no dependió de él. Puede suceder también que alguien hiera a su padre creyendo que se trata tan sólo de un hombre o de cualquiera de los presentes, pero ignorando que es su padre. Distinciones análogas podrían hacerse en razón del motivo y de todas las demás circunstancias de la acción: Así, todo lo que se ignora, o que sin ignorarlo no depende del agente, o que es por fuerza, es involuntario. Muchas cosas impuestas por la naturaleza las hacemos y las padecemos sabiéndolas, y de las cuales, sin embargo, ninguna es voluntaria ni involuntaria, como envejecer o morir.

Así también los actos pueden ser justos o injustos sólo por accidente. Si una persona entrega un depósito a pesar suyo y por miedo, no se dirá que hace un acto justo ni que obra justamente sino por accidente. Y de la misma manera, si forzado y contra su voluntad no devuelve el depósito, habrá que decir que sólo por accidente obra injustamente y hace un acto injusto.

De los actos voluntarios unos se hacen por elección y otros sin elección, siendo por elección los que han sido objeto de una deliberación previa, y sin elección los hechos sin previa deliberación.

Así pues, hay tres especies de daños en las relaciones sociales. Los causados por ignorancia son errores cuando se obra sin darse cuenta ni de la persona afectada, ni del acto, ni del instrumento; ni del fin, como cuando no se pensó arrojar un proyectil a una persona, o no este proyectil, o no a esta persona, o no con tal fin, sino que el resultado fue de otro modo de como se pensó (como si se lanzó el proyectil no para herir, sino para pinchar) o la persona herida o el proyectil distintos de los que se supuso. Ahora bien, cuando el daño se produce contrariamente a una razonable previsión, es una desgracia; cuando no contrariamente a una razonable previsión, pero sin maldad, es un error culpable. Hay error culpable cuando el principio de la ignorancia está en el agente; hay

desgracia cuando está fuera de él. Cuando se obra conscientemente, pero sin previa deliberación, se comete un acto injusto, como todo lo que se hace por cólera y por otras pasiones que en los hombres son necesarias o naturales. Quienes por tales motivos perjudican y son responsables de tales errores, obran injustamente y los actos resultantes son injustos; sin embargo, quienes los hacen no son aún por ello injustos ni malvados, porque tal daño no procede de maldad. Más cuando se obra por elección deliberada, se es injusto y malvado.

Por esto júzgase acertadamente que los actos inspirados en la cólera no proceden de premeditación, porque el principio de la acción no es el que obra por cólera, sino el que lo ha encolerizado. En estos casos, además, no se discute sobre si los hechos han pasado así o no, sino sobre su justicia, ya que la injusticia aparente ha provocado la cólera. No es como en los contratos, en que se discute sobre los hechos, desde el momento que uno de los contratantes es necesariamente de mala fe, a no ser que disputen sobre algo que puedan haber olvidado. En el primer caso, al contrario, se está de acuerdo en el hecho, y sólo se discute si se obró justamente (ya que quien ha causado una injuria deliberadamente no puede ignorar haberlo hecho) pensando uno que se le causó injusticia, y el otro que no.

Si se daña con deliberación, se comete injusticia, y por estos actos injustos el que comete injusticia es injusto, ya sea que viole la proporcionalidad o la igualdad. De la misma manera, el hombre es justo cuando practica la justicia por deliberación, y practica la justicia sólo cuando obra voluntariamente.

De los actos voluntarios unos son excusables; otros son inexcusables. Los yerros que se cometen no sólo con ignorancia sino además por ignorancia, son excusables, mientras que los que se cometen no por ignorancia, sino

ignorantemente por alguna pasión que no es natural ni humana, son inexcusables.⁶⁷

Resulta claro que, a partir de estas ideas, se ponen las bases del pensamiento jurídico sobre la forma de abordar los problemas que surgen cuando un injusto ha sido cometido por error. También podemos vislumbrar algunos elementos elementales para una teoría sobre el dolo. El problema de la *otredad* queda acotado por la visión práctica que se debe tener al momento de impartir justicia. Ahora bien destaca de lo anterior el establecimiento de principios básicos para resolver los casos en los que aparece la ignorancia como elemento condicionante de la conducta realizada. Claro que el planteamiento deja otras cuestiones a resolver como las pasiones no naturales o humanas que hacen de un acto inexcusable, sin embargo consideramos que la ciencia jurídica pudo superar estos escollos a través de la casuística romana y más tarde con la dogmática penal.

1.2.2.2. Roma.

El error de hecho y el error de derecho provienen de una raíz civilista cuyo desarrollo tuvo lugar en Roma. El romanista Guillermo Floris Margadant escribe: "No esperemos que el derecho romano nos presente una teoría general del error jurídico. Fiel a su carácter casuístico, el *Corpus iuris* no hace más que ofrecernos múltiples casos de

⁶⁷ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 10ª ed., Porrúa, (colección "Sepan Cuantos..." núm. 70) México, 1982, pp. 67 - 68.

errores.⁶⁸ Es Jiménez de Asúa quien advierte una característica que va a ser elemental para el Derecho Penal:

Es preciso advertir, en primer término, que en Roma, como en las leyes de hoy, cuando se habla de *ignorantia facti* no sólo se refieren los textos al desconocimiento del hecho, o de sus meras características fácticas, por parte del autor, sino a las características establecidas en el tipo, en las que, a menudo, se precisaba una apreciación jurídica. Por ejemplo: la injuria al *funcionario*, no era delito sin que el autor conociera esa cualidad; la relación sexual prohibida, no era incesto si se desconocía el *parentesco*; el robo no podía existir sin el conocimiento de que la cosa era ajena. Con razón dice von Hippel que este desconocimiento, que excluye el dolo, -radica sobre las características del tipo y puede ser de naturaleza fáctica o jurídica. 'La *ignorantia facti* es, por tanto, no sólo desconocimiento de hecho del mundo exterior, sino todo *desconocimiento de las características del tipo*.'⁶⁹

Hemos visto líneas arriba que el error en materia penal ya era considerado dentro del Código de Hammurabi, sin embargo Herrera señala que es en Roma donde se estudia a la intención de manera científica. Herrera escribe:

Ulpiano dijo que en los más grandes crímenes era preciso determinar si el delito era predeterminado o cometido por accidente. Y como el dolo llegó a tener una gran trascendencia como elemento del delito, resulta explicable que la ignorancia y el error excluyeran, en principio, la responsabilidad criminal.

Se distinguían dos clases de error: el de hecho y el de derecho. El primero se refería a las condiciones materiales que se exigían para la aplicación de una regla de derecho. El segundo era el que versaba sobre el derecho objetivo. Sin embargo, el principio general era que el error en sí mismo no producía ningún

⁶⁸ Margadant, Guillermo F., *El Derecho Privado Romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 26ª ed., Esfinge, México, 2004, p. 334.

⁶⁹ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 361.

efecto, lo que sólo se reconocía en virtud de excepciones y siempre que no hubiera concurrido culpa.

Además, estas dos clases de error no recibían igual tratamiento, pues si bien ninguno se aceptaba cuando eran producto de una gran negligencia, en el de hecho tal negligencia debía probarse y en el de derecho se presumía. Esta presunción en el error de derecho provenía de la circunstancia de que las reglas de derecho son claras y ciertas y cada uno podía aprenderlas directamente o recibir este conocimiento de labios de los juriconsultos. Empero, Savigny opina que este rigorismo con el error de derecho debe cesar en dos supuestos: 1º) Cuando la regla es objeto de controversia entre los juriconsultos; y 2º) Cuando la regla pertenecía al derecho particular (local), porque el conocimiento de este derecho estaba menos extendido y era menos accesible que el del general.⁷⁰

En la obra de Margadant se cita a Ulpiano quien dice categóricamente: *non consentiunt qui errant*, (donde hay error no hay consentimiento).⁷¹ Es a partir del estudio del Digesto que tratadistas como Mommsen, Savigny y el propio Jiménez de Asúa realizan sus conceptos relativos al error.⁷² El romanista alemán Teodoro Mommsen escribió:

⁷⁰ Herrera, *El error en materia penal...*, pp. 14 – 15.

⁷¹ Cfr. Margadant, Guillermo F., *El Derecho Privado Romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 26ª ed., Esfinge, México, 2004, p. 334.

⁷² Jiménez de Asúa señala en su *Tratado de Derecho Penal*, las fuentes para estudiar el error. Señala: "El lugar del Corpus iuris donde más directamente se decide esta materia es el título *De iuris et facti ignorantia* en el Digesto o Pandectas (tít. VI del lib. XXII), cuyas diez leyes están formuladas con textos de Paulo, Neracio, Pomponio, Terencio Clemente, Ulpiano y Papiniano. En la ley 9ª de este título es donde se halla la regla más general y conocida, que expresa Paulo diciendo: *iuris quidem ignorantiam cuique nocera, facti vero ignorantiam non nocere*. El motivo de ello se alega en la ley 2ª del mismo título, es la que Neracio dice que no se halla en el mismo caso la ignorancia de derecho que la de hecho; porque el derecho puede y debe ser limitado, y la interpretación del hecho engaña muchas veces a los prudentísimos. En suma, para el Derecho romano la *ignorancia de la ley no excusa en el orden penal, como no aprovecha en lo civil*. Este mismo principio aparece también indicado, aunque no *expreso*, sino como razón de un precepto particular, en la ley 11ª del título *De his qui notantur infamia* (tít. II, lib. III del Digesto), tomada de Ulpiano, que dice: *ignorantia enim, excusatur non iuris sed facti*. Las disposiciones particulares abundan en el Digesto: en *de lege Cornelia de falsis*, se expresa: *Ne vel his venia detur, qui se ignorasse edicti servitatem praetendunt* (L. 15 de Callistrate)." *Op. cit.*, p. 361.

Con la cuestión del carácter fundamental ético del derecho penal, se enlaza la de saber si para que pueda aplicarse la ley penal es necesario que el sujeto delincuente la conozca. En general, hay que contestarla negativamente. El delito consiste en la infracción o en el desconocimiento de la ley moral, y la ley penal descansa sobre esta; ahora, hasta qué punto y en qué forma responde la ley penal a las exigencias éticas, es cosa que no puede ventilar el juez en cada caso concreto, pues la ley es la ley aun cuando su severidad sea injusta y aun cuando quizá se acomode poco a los fundamentos éticos que deben servirle de base, y esto es aplicable aun con respecto a aquellos actos que no son delitos si la ley del Estado no los convierte arbitrariamente en punibles es función que requiere el conocimiento del derecho, pero el delito se pena aunque el contraventor de la ley penal no conociera esta o la desaprobase por injusta. También el derecho romano procuraba investigar las bases éticas a que se tenía que sujetar la ley penal positiva, pero no desconocía que la facultad de legislar en este orden se extendía también, por puros motivos de imprescindible oportunidad, o reputados tales, a ciertas acciones u omisiones moralmente indiferentes y no consideradas como injustas. Si en lo tocante a ellas se admitía que la infracción consciente era elemento del delito, como sucedió a menudo entre los romanos, claro es que también aquí se contenía el fundamento ético del derecho penal, por cuanto la infracción consciente de toda ley del Estado es una injusticia moral. Mas no es posible excluir enteramente del campo penal las infracciones inconscientes de la ley del Estado, y no ciertamente por las grandísimas dificultades prácticas para demostrar, lo mismo que se había conocido como que no se había conocido la ley, ni porque consideraciones de oportunidad exijan indefectiblemente que se haga uso aquí de presunciones jurídicas, las cuales, pudiendo no responder a la realidad, como frecuentemente no responden, no garantizan tampoco la existencia del fundamento ético de la ley. El derecho romano aplicó a la ley penal que por ignorancia había sido violada, una regla del derecho privado, según la cual, el hombre que vivía en medio del tráfico del mundo estaba obligado a conocer las leyes del Estado, y por tanto, cualquier violación legal que practicase, aun no siendo consciente y querida, implicaba culpabilidad, mientras que, por el

contrario, las mujeres y los rústicos estaban dispensados de esta obligación, y por consiguiente, cuando dichas personas cometían una falta contra una ley penal que estuviese desprovista de fundamento moral, se presumía que no había conocido tal ley, y por lo mismo quedaban exentos de culpa. Es preciso admitir que en el primer caso desaparece casi del todo el fundamento ético de la punición y se castiga en cierto sentido un dolo ficticio.⁷³

Del trabajo de Mommsen destacamos dos aspectos relevantes: el estudio del conocimiento que precede al dolo y el principio aplicable al hombre que vive en una sociedad con un determinado grado de avance cultural: "que la ignorancia de la ley no lo exime de su cumplimiento", cuestión que en aquellas latitudes persiste.

Jiménez de Asúa escribe: "Tampoco olvidó el Derecho romano el límite de la eximente que nos ocupa: sólo disculpa cuando en esa ignorancia o ese error caería cualquier hombre razonable y prudente [...] Hasta procuraron los romanos señalar la índole esencial de la ignorancia para que pueda eximir, y Ulpiano observa que no debe beneficiar cuando la intención resulte igualmente mala, por eso no aprovecha el *error in persona*."⁷⁴

Primordialmente el error se estudia, con los vicios del consentimiento y con el llamado *dolos malus*, que es toda actividad o maquinación tendente a hacer caer en el error a una persona.

Herrera, retoma las líneas de Jiménez de Asúa cuando escribe lo relativo a las excepciones al principio de ignorancia del derecho, por razón de la naturaleza de la ley,

⁷³ Mommsen, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, Temis, Bogotá, 1999, pp. 64 – 65.

⁷⁴ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 332.

la naturaleza del acto, la calidad de la persona y por concurrir dos o más de estas excepciones:

La regla pertenece a Paulo: '*Juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*' (La ignorancia de derecho perjudica, la ignorancia de hecho no perjudica). Esta regla aparece también como razón de una disposición particular en la ley 11 del Título '*De his qui notantur infamia*' del Digesto, tomada de Ulpiano: '*ignorantia enim excusatur non juris sed facti*'.

Pero este precepto tiene numerosas excepciones, además de las dos contenidas en la ley 9, que se encuentran dispersas de una manera casuística a todo lo largo del '*Hábeas Juris*'. A estas excepciones Amor y Neveiro las agrupa en cuatro clases:

Primera: Casos en que la ignorancia de la ley se funda en la *naturaleza de la ley* ignorada, es decir, si se trataba de leyes puramente positivas ('*juris civilis*') que eran las que cada pueblo constituyó ara sí de acuerdo a sus peculiaridades: o de las fundadas en el derecho natural (*juris gentium*), o sea el que la razón natural constituyó entre todos los hombres. Pero no era éste un principio general que bastase por sí solo para excusar de las infracciones a las leyes puramente positivas. Tal excusa era la excepción. Así, entre otros casos, cita como excusa parcial lo dispuesto acerca del matrimonio incestuoso. Las leyes romanas distinguían entre el incesto prohibido por el derecho de gentes (el matrimonio celebrado entre ascendientes y descendientes) y el incesto del Derecho civil (matrimonio celebrado entre colaterales). Estas leyes, dando por supuesto el último caso, distinguían: que se había celebrado por error si se hacía públicamente y en ese caso se atenuaba la pena; y si se hacía secretamente, era contumaz.

Segunda: Casos en que la ignorancia de derecho excusa de pena por razón de la *naturaleza legal del acto punible*. Cita entre otros, el caso del magistrado que sentencia contra derecho a quien se pena si lo hace con dolo; pero si lo fue

por imprudencia del asesor es a éste a quien se le impone la pena y no al magistrado (*Digesto*, lib. II, tit. II, 2). En el mismo grupo ubica a los delitos cometidos con dolo malo, es decir, con conocimiento de la ley que lo prohíbe. Aquí cita los delitos que tienen penal capital, para los cuales era necesaria la concurrencia del dolo malo y la malicia. Algo semejante sucedía con el hurto.

Tercera: Casos en que excusa la ignorancia de la ley por razón de la calidad de las personas que ignoran. Cita Amor y Neveiro a los menores, y hace distinción entre menores púberes: los mayores de 14 años pero menores de 25 años; los menores impúberes; los mayores cumplidos 7 años. Dice que la regla general de que 'a los menores de 25 años les es permitido ignorar el derecho' [...] el otro supuesto del mismo cuerpo legal tomado de Papiniano, en que se eximía de pena a los menores si se alegaba error, en los supuestos de matrimonio incestuoso siempre que se separasen al conocer el error [...] respecto a los delitos privados, cita una ley de Diocleciano en el Código, la que establece que en los delitos nadie se excusa por razón de la edad (Lib. II, Tit. XXXV, 2). Y agrega, que aunque es inexacto de acuerdo al mismo Código, siempre es una regla general que solo permite aceptar las excepciones expresamente establecidas.

Cuarta: Casos en que excusa la ignorancia de la ley por concurrir varias de las circunstancias anteriores reunidas.⁷⁵

La ignorancia de la ley no excusaba de su cumplimiento, pues a partir del conocimiento de la ley se pueden desarrollar socialmente los pueblos, así lo entendieron los romanos y por tanto sólo en casos excepcionales, como hemos visto se podía excusar a una persona cuando versaba sobre leyes que no tenían fundamento natural, o cuando la infracción hubiera sido ejecutada por menores, por mujeres, por

⁷⁵ Herrera, *El error en materia penal...*, pp. 18 -19.

"tyrones" o por causa de "imperitia" o "rusticitas" (personas dedicadas a las labores del campo). Aquí comienza de manera sistemática la exclusión del dolo.

1.2.2.3. Derecho Germánico.

Después de Roma, el desarrollo del Derecho tuvo que transitar en la larga Edad Media donde adquirió madurez la tradición jurídica que poseemos y en la que aparecieron las vertientes germánica y canónica.

John Henry Merryman⁷⁶ establece una panorámica de lo que ha sido la familia jurídica neorromanista desde sus comienzos hasta nuestros días, delimitando en principio los linderos de su definición, así como la explicación del porqué en el concierto mundial se conoce a esta antigua familia jurídica como la familia del *Civil Law*, o Derecho Civil, cuyo nombre obedece a los grandes avances que tuvieron los romanos en esta área primordialmente y de la que se han ido desprendiendo las demás ramas, poco a poco, a lo largo de más de veinticinco siglos de vida.

Aun con la caída del imperio romano, en sus dos orientaciones: imperio occidental e imperio oriental, el derecho había cobrado carta de naturalización en cada nación, estaba arraigado y no había vuelta ni posibilidad de establecer un sistema como el que había dominado por más de veinte siglos hasta entonces.

⁷⁶ Cfr. Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano - canónica*, FCE, México, 1971.

Con las invasiones germanas se inició el encuentro de Derechos, tanto del invasor como de los pueblos conquistados. Jiménez de Asúa escribe:

Sabido es también que en el primitivo *Derecho germánico* imperó la responsabilidad meramente objetiva, y sólo cuando se comenzó a valorar el elemento psíquico del delito, el error de hecho llegó a ser causa de exención de pena. Así ocurrió, por ejemplo, en el *Edictus Rotori*.

Un apreciable progreso se logra con el *Derecho Canónico*, que establece el principio de que *ignorantia facti, non iuris, excusat*.

Según los cánones y los canonistas, la "ignorancia de hecho" puede ser eximente cuando se ignoran los presupuestos del hecho, sin los cuales el delito no existe. Por eso el *Decretum Gratiani* absolvía al hombre que yace con la esposa de otro creyendo que es la suya. Como tampoco comete adulterio la mujer que matrimonía con un hombre ignorando que éste estaba casado, o que se desposa de nuevo creyendo muerto a su primer marido. Del mismo modo se dirá que no hay *iniuria* si un hombre golpea a un hombre libre creyendo que es su esclavo.⁷⁷

Este pensamiento, como hemos visto en líneas anteriores sólo recogió lo desarrollado en Roma, pero es importante destacar que en esta época se establecen de manera permanente principios jurídicos, que una vez revisados (en la glosa y posglosa) permanecerán inmutables por siglos. El mismo Jiménez de Asúa anota:

El punto de vista del llamado Derecho intermedio medieval, ya señalado, fue el que predominó en los prácticos italianos, como Claro, Farinacio, etc. Ya a fines del siglo XVIII desarrolló Renazzi de modo completo la doctrina del error (*Elementa*, 1794, lib. I, cap. 8). También en Francia reconoció su relevancia Muyart de Vouglans.

⁷⁷ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 332.

En España, como hemos visto al ocuparnos del *versari in re illicita*, Alfonso de Castro considera que 'la ignorancia invencible siempre exime de culpa', sin que importe que el agente *det operam rei illicitae vel licitae*. [...]

También Covarrubias se refiere a la 'ignorancia crasa' o 'supina', 'vencible' o 'invencible', antecedente (que es la que afecta a la causa privativa del acto), concomitante, que por ser tan sólo la que acompaña al agente en su obrar, no tiene en éste efecto alguno. En la décimotercera de sus conclusiones se expresa claramente sobre los requisitos de la ignorancia para eximir: '...La ignorancia invencible justa y clara, excusa de pecado y pena, aun al que se ocupaba en operación ilícita; porque la ignorancia invencible y justa excusa por completo del pecado aquel involuntario que nace de la cosa ignorada; éste es, en realidad, el efecto propio de la ignorancia invencible, es decir, que libra del pecado por razón del involuntario; pero este efecto igual se da y tiene el mismo resultado en el que se ocupa en obra lícita que en ilícita...'

En cambio -en la conclusión décimocuarta-, niega que la ignorancia crasa o supina, incluso siendo invencible, pueda servir de excusa; pero siguiendo a otros autores, como el Panormitano, Santo Tomás, Adrián, Almain, no rechaza Covarrubias que quien incurre en ella 'se le rebaje algo de la pena ordinaria, pues esta ignorancia crasa, aunque no pueda cambiar la especie del pecado', 'veo todo, que disminuye un tanto su malicia, si se la compara con la que tendría si aquella acción hubiera sido intencionada... en consecuencia, la supina ignorancia, mientras no sea supuesta o buscada, aun en actos ilícitos, aminora la culpa y la pena.' ⁷⁸

El propio Santo Tomás escribió dentro de su obra denominada *Summa Teológica* lo siguiente:

La ignorancia causara involuntario siempre que prive del conocimiento previo que se exige para lo voluntario, según lo dicho; mas no toda ignorancia suprime ese conocimiento. Es pues, de saber que la ignorancia puede hallarse respecto

⁷⁸ *Ibidem*, p.333.

del acto de voluntad en tres distintas situaciones: *concomitanter*, simultánea, *consequenter*, subsiguiente y *antededenter*, precediéndole. En el primer caso la ignorancia versa sobre lo que se hace; pero de modo que aun cuando se supiese (lo que se ignora), se obraría (igualmente). Entonces no induce a querer que el acto se ejecute, sino que a la vez se obra y se ignora, como el ejemplo citado, del que mata a su enemigo queriéndole matar, aunque ignorando es a él a quien mata, en la creencia de que es un ciervo. Esta ignorancia no produce involuntario, como dice Aristóteles, pues no hace cosa repugnante a la voluntad; causa, sí, no voluntario, por cuanto no puede ser querido en acto lo que se ignora.

La ignorancia es subsiguiente a la voluntad cuando la ignorancia misma es voluntaria; lo cual puede suceder de dos modos, uno en cuanto el acto de voluntad se apoya en la ignorancia; como si uno quiere ignorar, ya para excusarse del pecado, ya para no ser retraído de pecar, según aquello de Job (21, 14): *No queremos conocer tus caminos*, y ésta es la llamada *ignorancia afectada*. Otro modo de ignorancia voluntaria ocurre cuando uno ignora lo que puede y debe saber, porque en tal caso el no obrar y el no querer se dicen voluntarios, según lo expuesto. De este modo, se halla la ignorancia, ora cuando uno no considera lo que puede y debe considerar, y es la que llaman *ignorancia de mala elección*, provenga de la pasión o del hábito; ora cuando uno no procura adquirir el conocimiento que está obligado a tener, y en ese caso la *ignorancia de todo lo contenido en las leyes* y que uno está en obligación de saber, se dice voluntaria, en cuanto a negligencia. Cuando, pues, la ignorancia es voluntaria por alguno de estos conceptos, no puede causar lo involuntario en absoluto; si bien puede causarlo accidentalmente, en cuanto precede al movimiento de la voluntad para hacer algo, el cual no se verificaría, dado el conocimiento actual.

Por último, la ignorancia es *antededente* con respecto al acto de la voluntad, cuando no es voluntaria y, sin embargo, es ella la causa de querer lo que sin ella no se quería, como cuando el hombre ignora alguna circunstancia del acto que no estaba obligado a saber, y por eso hace algo que no haría si la conociese; tal

sucede si uno, después de practicadas las debidas exploraciones no sabiendo que alguien pasa por el camino, dispara una flecha con la que da muerte a un transeúnte; esta ignorancia causa involuntario en absoluto.⁷⁹

El pensamiento del *doctor angélico* ilustra a partir del siglo XIII el desarrollo de las ideas relativas al tratamiento de los actos cometidos por ignorancia. Dichas ideas cobran mayor relieve en el Derecho canónico, nutrido en su esencia por la referida Summa Teológica, que entre otros comentarios recibidos por su autor se encuentra el del papa Juan XXII⁸⁰ quien dijo que "Santo Tomás de Aquino había hecho solo, lo que muchos no habían logrado hacer en siglos."

Herrera establece los datos relativos a la promulgación de leyes que fueron trascendentes en el Derecho germánico:

en los estados germánicos, aún durante la Edad Media, imperaba el principio de la responsabilidad objetiva, lo que desde luego descartaba toda posibilidad de fundar la responsabilidad en la culpabilidad. Sin embargo, el Edictum de Rotario⁸¹, CCXLVIII. Edictum de Luitprando, LXIII, preveía el error de hecho. Recién en la Edad Moderna, cuando se produce la recepción del Derecho Romano por vía de actos legislativos en el orden penal, se llega al primer Código Penal y Procesal del Imperio: La Ordenanza penal de Carlos V. La Constitutio Criminalis Carolina fue promulgada en 1532. En ella se sustituye la responsabilidad objetiva por la basada en la culpabilidad. Presupuesto de la punición es el dolo malo, excepcionalmente la culpa. Empero, las causas de justificación y de inculpabilidad estaban ligadas a la casuística, pero de una

⁷⁹ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica (selección)*, 15ª ed., Espasa - Calpe, (colección Austral), México, 1989. p. 106.

⁸⁰ Quien canonizó a Santo Tomás de Aquino en 1323. N. del A.

⁸¹ Referido ya por Jiménez de Asúa.

manera suficientemente elástica, como para permitir su desarrollo en la práctica posterior.⁶²

1.2.2.4. Derecho Canónico.

El Derecho de los cánones seguido por la iglesia católica, una vez instaurado se vuelve atemporal, contra el pensamiento que lo ubica en las fronteras de la edad media, debemos decir que dicha característica obedece a que, en su momento fue el Derecho que prevalecía en conjunción con el *ius civilis* (establecidos en el *Corpus iuris canonici* y el *Corpus iuris civilis*). Esto es, el derecho canónico ha seguido su propia evolución, sin embargo, con un papel más modesto (pero no menos importante) como rector de las normas de la iglesia. Jiménez de Asúa escribió sobre el trascendente Derecho canónico, y en relación con nuestro tema, lo siguiente:

Reaparecen ya en el Derecho canónico las diversas clases de ignorancia y error. Graciano habla sentenciado que *naturalis iuris ignorantia omnibus adutis, dampnabilis est*, y añadía la glosa: *ignorantia iuris naturalis, canonici et civilis neminen exusat*. Pero, sin embargo, no es aventurado suponer que la ignorancia de derecho llegó a cobrar virtud atenuante y que la regla general no tuvo validez respecto a las normas locales emanadas de los ordinarios.

Según Schiappoli, esta excepción se transforma en regla común, respecto a toda ley penal, en el siglo XIV: cuando el agente no hubiese tenido conciencia de la ley penal (*ignorantia legis*), o cuando hubiese creído que no violaba la norma

⁶² Herrera, *El error en materia penal...*, p. 20.

por él conocida (*error iuris*) y no le fuese imputable negligencia crasa y supina, quedaba exento de responsabilidad criminal.

A la ignorancia excusable se equiparó la duda acerca de la interpretación de la ley, cuyo texto era oscuro: *Dicitur enim nescire quid non scit id quod facit esse peccatum. Quid non scit id quod esse peccatum, non punitur*. En esos casos la ignorancia excluye el dolo que no puede ser sustituido por una negligencia supina o ficticia. Pero si el agente estaba obligado a usar toda la debida diligencia para conseguir el obligado conocimiento, el no haber empleado esa diligencia le hace imputable por culpa.

Durante la Edad Media perduró la distinción, en cuanto a sus efectos, entre el error de hecho y de derecho. Herrera escribe al abordar esta época:

La doctrina romana, en cuanto se refiere a la ignorancia de la ley, en sus puntos esenciales, pasó al Derecho Canónico, donde reaparecen las diversas clases de error e ignorancia. Si bien existía la regla general '*ignorantia facti non iuris excusat*', y Graciano había dicho: '*Naturalis juris ignorantia omnibus adutis damnabilis est*', a lo que la glosa agregó: '*ignorantia juris naturalis canonici et civilis neminem excusat*', esta regla general no se aplicaba a las normas locales emanadas del ordinario y la ignorancia que no fuese crasa o supina, excusaba o al menos atenuaba, cosa que ocurría en la época de Bonifacio VIII.

Dice Ramallo que después la excepción se convierte en regla, y 'así el agente que no había tenido conocimiento de la ley penal (<ignorantia legis>) o que no había querido violar la regla penal conocida (<ignorantia juris>) se le pudiera imputar negligencia grave e inexcusable'.

El Código de Derecho Canónico actualmente vigente, contiene la excusa de la ignorancia de la ley cuando es inculpable, como principio general amplio y generoso. Dice el Canon 2202: parágrafo 1º) 'de ningún modo se imputa la violación de una ley que se ignora, si la ignorancia es inculpable; en otro caso, disminuye más o menos la imputabilidad en proporción a la culpabilidad de la misma ignorancia'. Parágrafo 2º) 'La ignorancia de la sola pena no suprime la

imputabilidad del delito, pero la disminuye algo'. Parágrafo 3º) 'Lo que determina acerca de la ignorancia tiene también aplicación a la inadvertencia y al error'. Pero también por otra disposición se complementa la transcripta, de manera tal que cuando la ignorancia es afectada, es decir, a propósito, no exime de responsabilidad. Así, el Canon 2229 dice: Parágrafo 1º) 'La ignorancia afectada, tanto de la ley como solamente de la pena, no excusa de ninguna pena <latae sententiae> aunque la ley contenga las palabras de las que se hace referencia en el parágrafo 2º. Parágrafo 2º) 'Si la ley emplea las palabras, tuviere la osadía, se atreviere, hiciere a sabiendas de intento, temerariamente, de propósito, u otras semejantes que implican pleno conocimiento y deliberación, cualquier disminución de la imputabilidad, ya sea por parte del entendimiento o por parte de la voluntad, exime de las penas <latae sententiae>'. Parágrafo 3º). 'Si la ley no emplea esas palabras: 1º) La ignorancia de la ley o solamente de a pena, si es crasa o supina, no exime de ninguna pena <latae sententiae>, si no es crasa o supina, excusa de las penas medicinales, pero no de las penas vindicativas <latae sententiae>'. Los subincisos no. 2 y 3 se refieren a la embriaguez, al miedo, etc. En la nota al parágrafo 1º del Canon 2229 se aclara que la ignorancia es afectada cuando alguien permanece adrede en ella, con el fin de cometer más fácilmente el delito o tener excusa para él.⁸³

No será sino en las modernas disquisiciones donde se pueda apreciar de manera clara los efectos que en realidad se pueden atribuir a un hecho realizado por error.

⁸³ *Ibidem*, p. 25.

1.3. Clasificaciones antiguas.

Con los antecedentes mencionados estamos en posibilidad de establecer las clasificaciones habidas antiguamente para el error en materia penal. Destacan por supuesto la clasificación general que llega hasta nuestros días: error de hecho y de derecho, cuyas generalidades hemos abordado y de las cuales Herrera destaca el anquilosamiento centenario de esta figura "No obstante los grandes progresos de la ciencia del Derecho Penal a fines del siglo pasado y comienzos del presente, no es aventurado afirmar, aunque parezca paradójico, que el problema del error se mantenía en un estancamiento clásico."⁸⁴

Estos moldes antiguos de error de hecho y error de derecho fueron sustituidos por nuevas clasificaciones cuyo contenido habremos de establecer en los capítulos subsiguientes teniendo como hilo conductor o temas medulares: el error de tipo y el error de prohibición.

Pero antes de que tal sustitución apareciera en la dogmática penal resulta todavía relevante conocer algunas especies del error de hecho. Dichas especies centran su análisis en el error esencial de hecho (y de derecho no penal) y error sobre el derecho penal (y sobre ley penal en blanco). Pero, antes de abordar su estudio, es necesario establecer algunas clases que se desprenden del error de hecho, estas son: el error en el objeto, el error en la persona. Carrancá y Trujillo explica:

⁸⁴ *Ibidem*, p. 43.

Cuando el error es 'decisivo, esencial e inculpable' no es posible el dolo (Sebastián Soler). Es esencial cuando recae sobre uno de los elementos sin cuya concurrencia no habría tipicidad (p.e. apoderarse de un animal ajeno creyendo que es propio; pero no sería esencial el error en quien se apoderara de un animal ajeno creyendo que pertenece a Ticio, cuando en verdad pertenece a Aulio). También es esencial el error que recae sobre alguno de los elementos integrantes del núcleo de una excluyente de responsabilidad (p.e. en legítima defensa putativa, dando muerte a Ticio por creerse víctima de una agresión injusta, actual, violenta y peligrosa, en una habitación oscura, a altas horas de la noche, al descubrir a Ticio inesperadamente, poniéndose en pie y con un objeto imprecisable en la mano; siendo la verdad que Ticio, en estado de ebriedad, se introdujo en la habitación que encontró con la puerta abierta). Es también esencial el error cuando recae sobre una circunstancia calificativa que constituye elemento integrante del tipo delictivo (p.e. ignorar que la persona a quien se da muerte es el padre, caso en el que no se configura el parricidio). En los casos citados el error es también decisivo, porque recae sobre elementos esenciales del tipo.

El *error facti* permite distinguir dos diferentes casos: *el error in objeto vel in persona*, que ocurre cuando el sujeto produce un resultado equivalente al que quiso, pero equivocado en el objeto o la persona.⁶⁵

Una vez establecidas las bases del error, en las siguientes ediciones sobre el trabajo de Carrancá y Trujillo no se actualizó el tema debidamente. Su concepción nos deja una estampa temporal del Derecho Penal, y sin embargo, sus conceptos trascienden hasta nuestros días. Hurtado Pozo sostiene:

De los casos de *error in objeto* es de distinguirse la llamada *aberratio ictus*. Esta no constituye, en realidad, un error (53). El ejemplo clásico es el del autor que quiere matar a X, tira contra él, pero alcanza a Y, quien se encontraba a su lado. El cambio en el resultado es debido a una alteración inesperada de los

⁶⁵ Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 22ª ed., Porrúa, México, pp. 511-512.

hechos, de la relación de causalidad entre el acto y el resultado. Por este caso, desde que el agente tenía la voluntad de matar a una persona y la posibilidad de variación de los hechos estaba dentro del marco de causalidad (54), el delito doloso está consumado. El art. 150 C.P. peruano, no califica de homicidio el hecho de matar a un individuo determinado, sino a cualquier persona (55). Si por el contrario, el resultado buscado y el producido realmente no son equivalentes, se dará un concurso ideal entre tentativa de un delito doloso y un delito culposo (56).⁸⁶

Contrario a dicho autor, independientemente de abordar este tema en posteriores capítulos, podemos establecer que la llamada *aberratio ictus* si es una clase de error, toda vez que, finalmente el autor de la conducta *yerra* el sentido de su ataque, lo que más bien puede acotarse que se trata de un error que no exime de responsabilidad. Y sobre el concurso a que alude incluimos el de un delito doloso eventual.⁸⁷

⁸⁶ Cfr. (<http://www.unifr.ch/derechopenal/obras/mdp/mdpdel6.htm>)

⁸⁷ Porte Petit cita en su *Programa de Derecho Penal* los siguientes criterios: La *aberratio ictus* o error en el golpe surge cuando, sin confundir a la persona contra la que se dirige la actividad lesiva (caso en el que se configuraría el error *in persona*), resulta víctima un sujeto diverso de aquel en que el delincuente se proponía realizar su acción criminosa. Si el reo quiso disparar contra su adversario, pero por error en la puntería causó la muerte de un tercero, ese error en el golpe no es relevante para borrar la presunción de intencionalidad, por tratarse de una forma o especie del error accidental. Además, la ley de manera expresa señala que la presunción de intencionalidad de un delito no se destruye aun cuando el acusado pruebe que erró sobre la persona o cosa en quien quiso cometerlo, ni aun cuando pruebe que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo la intención de causar daño (Semanao Judicial de la Federación, XII, pág. 51, sexta época, segunda parte).

Bien sabido es que el error accidental, y el error en el golpe, no destruye la voluntad de un resultado típico, que en el caso de las lesiones no está necesariamente unido a una persona determinada: el sujeto quiere lesionar y lesiona; la circunstancia de ser diverso el pasivo a aquel que se representó, en nada influye para el reproche, esencia de la culpabilidad (Semanao Judicial de la Federación, CXII, págs. 1840-1841).

El daño producido *in aberratio ictus*, esto es, por error en el golpe, o, en otros términos *por extravío del acto*, requiere especial tratamiento jurídico, pues conforme a la teoría general del delito, es incuestionable que no puede haber duda respecto a que el conocimiento que el dolo exige ha de referirse también a la causalidad entre el acto de voluntad y el resultado último; pero en cambio, surge el problema en orden al tratamiento jurídico de aquellos casos en los que no se corresponden el curso causal representado y el curso causal real, sino que se desvían uno de otro. Se trata entonces de los denominados casos de *aberración o de extravío*. Con otras palabras, siempre es precisa una valuación en orden; así, representación y realidad son o no equivalentes. Ahora bien, la denominada *aberratio ictus* consiste en que el acto dirigido contra un determinado objeto de la causa produce su eficacia no sobre él, sino sobre otro equivalente. El sujeto activo, por ejemplo, procediendo con dolo de matar, encañona a X que se encuentra frente a D, pero la bala no le da y, en cambio, alcanza y mata a Y; aquí es esencial la *aberratio*; sólo existe una tentativa de homicidio doloso de X que puede implicar, como en el caso a estudio, la puesta en peligro de la integridad corporal o de la vida de X; pero si la eficacia se produjo en el caso debatido en una persona,

Este problema deriva, según observamos de la problemática analizada por dicho jurista:

Los criterios expuestos por la Corte Suprema⁸⁸, en su Ejecutoria del 7 de mayo de 1970 (57), son -por el contrario- equivocados, en la medida en que confunde el error *in personam* y la *aberratio ictus*; al mismo tiempo que interpreta mal el art. 84. "La tentativa en agravio de uno y consumado en agravio de otro", no es un caso de *aberratio ictus* o de, en el lenguaje de la Corte Suprema de un "delito aberrante", sino un error sobre la persona. Sin embargo y a pesar de esta confusión doctrinal, la conclusión adoptada afirma, que en caso *juzgado* (*error in personam* y no *aberratio ictus*), el responsable debe ser juzgado por un solo delito, materializado en el solo resultado producido.

La Corte Suprema ha invocado (aunque sin la debida corrección) el art. 84 al juzgar los casos en que el resultado producido es de una especie diferente al querido. Así, estima que ha de aplicarse cuando se "arroja un globo lleno de agua a una persona que no jugaba carnaval y que en su propio domicilio está dedicada a su trabajo" y va "hacer blanco en el vaso de Kola que tenía en las manos una menor, el que al romperse le causó una herida en la nariz". Ya que, "es evidente que constituye una ofensa" arrojar un globo en esas condiciones y "el acto que practicó (el acusado) aunque haya dado resultado distinto del que él se propuso constituye delito". Pero, en lugar de afirmar que se trata de un acto doloso (como lo hizo en otros casos), sostiene que se trata de un delito culposo (58). De esta manera, se aproxima a la solución correcta, pues se trata de un caso de *aberratio*

cuando hizo el disparo para amedrentar a otra, según la versión del reo, o para causarle la muerte según el relato de aquella, lo cierto es que el daño se produjo en persona a quien no pretendía dañar el reo y no puede sostenerse jurídicamente que el daño que resultó puede encuadrarse dentro de lo que el derecho material designa como concepción unitaria del delito, supuesto que respecto del homicidio, ha quedado establecido que fue producido sin dolo por parte del agente activo, si bien siendo previsible el resultado, por lo que es de concluirse que la clasificación del homicidio causado por imprudencia lo es con arreglo a derecho (*Semanario Judicial de la Federación*, CXXII, págs. 810-811).

⁸⁸ De Perú. N. del A.

ictus, consistente en admitir un concurso ideal entre la tentativa de la infracción querida y la comisión culposa del resultado producido (59).⁸⁹

Ahora bien, el *error in personam* consiste en que el sujeto activo yerra sobre la persona del sujeto pasivo. Se yerra sobre la identidad del sujeto, queriendo matar a X, se priva de la vida a X2, esto es, hay una equivocación en el sujeto pasivo. Muchos son los casos en los que esta hipótesis se actualiza, ya sea en la literatura o en la realidad, es abundante esta clase de equívocos.⁹⁰

⁸⁹ Hurtado Pozo, *loc. cit.*

⁹⁰ Muy recientemente se ha estudiado el homicidio del Cardenal Posadas Ocampo ocurrido el 24 de mayo de 1993, en el que un grupo de diversos juristas tratan el tema del *error in personam*. Dice Fernández Doblado en ese libro: "en el primero [*el error in personam*] el autor yerra sobre las características y en particular sobre la identidad del objeto de la acción, esto es: se confunde a la víctima tomándola por otra persona. En este caso no se excluirá el dolo respecto del homicidio producido pues lo que se requiere es matar a un hombre que es la esencia del homicidio." (Díaz Aranda, Enrique, *et al. Las ciencias penales y el homicidio del cardenal Posadas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p.102.)

Porte Petit, en su *Programa de Derecho Penal*, cita el siguiente criterio: El hecho realizado por un agente del Servicio Secreto, de haber desenfundado su pistola para castigar a una persona, según aseveró, por los insultos que había proferido en contra del régimen, no fue un acto lícito, como tampoco lo es el de haber apuntado y disparado a un acompañante de aquél, con el arma, por lo que el daño que originó, o sea la muerte de un tercero, no fue debido a imprudencia de su parte, si su intención era la de dispararle al nombrado acompañante, *errando sobre su persona*, y, por lo mismo, tampoco se configuró la eximente de responsabilidad prevista en la fracción X del artículo 15 del Código Punitivo (*Semanario Judicial de la Federación*, CXXI, págs. 2940-2941).

También en la literatura podemos encontrar ejemplos de esta clase de error. En *Sueño de una Noche de Verano* de William Shakespeare podemos observar los yerros de Puck: La escena se desarrolla en un bosque junto al palacio del duque Teseo en Atenas. Oberón, Rey de las Hadas y Titania su Reina, tienen una fuerte discusión. Oberón ordena a Puck que lleve la flor atravesada por la flecha de Cupido, que causa a cualquiera que caiga bajo su influencia, enamorarse de la primera persona que vea, y mientras Titania está durmiendo y no se da cuenta, le lanza encima el encantamiento de la flor.

Mientras tanto Elena, vagando en el bosque se encuentra a Demetrio a quien ama profundamente sin ser correspondida. De hecho Demetrio la rechaza y sigue su camino. Oberón ve lo sucedido y ordena a Puck usar la flor sobre Demetrio de modo que pueda corresponder al amor de Elena.

Otra pareja, Hermia y Lisandro, muy enamorados, están paseando por el bosque cuando son separados por Puck, quien desea de terminar el encargo que le confió Oberón, encanta por error a Lisandro. Aparece Elena, y Lisandro, bajo el influjo de la flor mágica le confiesa inmediatamente cuánto la ama, suscitando en ella una gran sorpresa. Entonces regresa Hermia, la chica está asombrada y luego consternada por ver que Lisandro le presta atención sólo a Elena. Puck hace que también Demetrio caiga en las redes de la magia de la flor, esta vez con todo el placer de Elena, quien no le hace ningún caso a Lisandro.

Demetrio y Lisandro, los dos enamorados de Elena, comienzan a pelear. Puck, bajo orden de Oberón, separa al tejedor Bottom de sus compañeros, cambiándole la cabeza por la de un burro, y lo guía a los pies de Titania que duerme. Cuando la Reina se despierta y ve a Bottom, lo cree atractivo y le da atenciones íntimas y amorosas. Finalmente Oberón, que ya no está enojado, hace que corran a Bottom y libera a Titania del encanto sufrido, Hermia no recibe atenciones de nadie; Elena al contrario la recibe en exceso. Los hombres, completamente extrañados, pelean seriamente y comienzan a combatir. Puck, con su poder mágico, los separa; hace que se pierdan y vaguen solitarios en el bosque hasta que, se duermen exhaustos. Puck logra hacer que Elena se tienda cerca de Demetrio y

Stratenwerth explica esta clase de error: "En él, el curso del acontecer real se corresponde totalmente al esperado: la bomba explota al ser abierta la encomienda por el receptor. El autor también acierta, al dar en este receptor, absolutamente en la víctima que él ha atacado, según lo ejecutado anteriormente. Sólo yerra sobre su *identidad*."⁹¹

Esta clase de error no exime el dolo con el que se ha desplegado la conducta, como lo veremos líneas abajo, toda vez que la representación se ha dado en el caso en particular, del mismo modo que se ha dado la aceptación del hecho criminoso. Luego, errar en la identidad no puede de modo alguno descartar estos elementos constitutivos de la responsabilidad penal.

Existe una especie más de error: *aberratio delicti*, el cual consiste en que una persona que quiere cometer un delito en específico, comete otro por error. Por ejemplo X sabe que va a cometer el delito de estupro, pensando que Z es mayor de 12 y menor de 18 años y resulta que en realidad Z es menor, constituyéndose en consecuencia el delito de violación equiparada. Así encontramos un ejemplo en la jurisprudencia mexicana:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIV, Noviembre de 1994

que Lisandro, liberado del encantamiento, se ponga junto a Herminia. El duque Teseo e Hipólita, su futura esposa, descubren a los jóvenes enamorados dormidos en el bosque, los despiertan, hacen que sus problemas se resuelvan y proclaman un triple matrimonio, el suyo y el de las dos parejas.

En la *Iliada* podemos observar como Patroclo provoca ser confundido con Aquiles, de tal manera que Héctor le hiere de muerte pensando que es a Aquiles a quien ataca.

En la Ópera hay ejemplos del *error in personam*, tales como el que ocurre en la trama de Rigoletto (G. Verdi) quien, sin saberlo, contribuye al rapto de su propia hija.

⁹¹ Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal, Parte General I: El hecho punible*, Thomson Civitas, (traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), (col. Tratados y Manuales), Navarra, 2005, p.161.

Tesis: XV. 1o. 70 P

Página: 548

VIOLACION EQUIPARADA, ERROR INVENCIBLE CUANDO LA MENOR DICE TENER UNA EDAD MAYOR A LA QUE TIENE, LA CUAL APARENTA.

Siendo la edad de la ofendida un elemento constitutivo del delito de violación equiparada, debe acreditarse, sin lugar a dudas, que el sujeto activo sabía que la ofendida tenía menos de catorce años de edad, y si la menor le afirmó tener una edad mayor a la citada y en el certificado ginecológico se establece que dado su desarrollo físico pudo aparentar la edad que dijo tener ella, razón por la que la conducta llevada a cabo por el quejoso fue bajo un error invencible, por ende, se actualiza la excluyente del delito prevista en la fracción X del artículo 23 del Código Penal del Estado de Baja California, como es el error en el tipo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 354/94. Horacio Orozco Márquez. 7 de julio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Fernando Reyes Colín. Secretaria: María Elizabeth Acevedo Gaxiola.

En un caso similar encontramos la siguiente tesis aislada:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XII, Julio de 1993

Tesis:

Página: 329

VIOLACION EQUIPARADA, DELITO DE. ERROR VENCIBLE. DEBE ATENUARSE LA PENA.

La circunstancia de que el inculpado se haya encontrado en la creencia de que la pasivo tenía una edad mayor de catorce años, cuando en realidad tenía menos, revela que se encontraba en un error, pero el mismo debe ser considerado como vencible, tomando en cuenta que por las características de aquella, así como por su desarrollo físico, pudo haber considerado que podía ser menor, por tal motivo, si bien ello no constituye una excluyente de responsabilidad de conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 fracción X del Código Penal del Estado de Baja California, si es motivo de atenuación de la pena en términos del numeral 78 del mismo ordenamiento legal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 25/93. Arturo Esquivel Limón. 23 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Angel Morales Hernández. Secretario: Eduardo Rodríguez Álvarez.

La Primera Sala ha resuelto:

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 68 Segunda Parte

Tesis:

Página: 23

Genealogía: Informe 1974, Segunda Parte, Primera Sala, pág. 48.

ERROR POR COMISION DE UN DELITO CREYENDO COMETER OTRO. NO ENTRAÑA INCULPABLE IGNORANCIA.

La inculpable ignorancia entraña una no coincidencia entre la representación y la real entidad de algo, pero tal falta de coincidencia, para que entrañe ignorancia inculpable, debe ser esencial e insuperable. Dicho error se refiere a la tipicidad en abstracto de la conducta y no a su posible encuadramiento dentro de uno u otra de las figuras delictivas; por ende, si alguien creyendo cometer un delito, ejecuta en realidad otro, jamás podrá alegar inculpable ignorancia, por tratarse de un error sobre la tipicidad concreta y no abstracta de la conducta.

Amparo directo 1965/74. Rogelio Rodarte C. 28 de agosto de 1974. Cinco votos. Ponente: Ezequiel Burguete Ferrera. Secretario: Julio César Vázquez Mellado G.

Nota: En el Informe de 1974, la tesis aparece bajo el rubro "ERROR QUE NO ENTRAÑA INCULPABLE IGNORANCIA".

1.3.1. Error esencial de hecho.

El error esencial es aquel que tiene relación directa sobre una circunstancia o elemento de la figura delictiva y en la cual se fundamenta o se agrava la aplicación de una sanción penal, por lo que su estudio incide en el conocimiento que posee el autor del acto punible. En la esencialidad del hecho radica la posibilidad de excluir al delito. Es por tal motivo que Von Liszt trata al error como exclusión del dolo, atendiendo a la conciencia del sujeto sobre el hecho que realiza. Líneas arriba habíamos establecido algunas hipótesis en las que se pueden observar que una persona puede encontrarse bajo circunstancias que le impiden conocer la antijuridicidad con la que actúa.

Al momento en que una persona se encuentra en un lugar destinado a la caza deportiva, puede ocurrir que, creyendo que le dispara a un animal, en realidad mata a un hombre que se encontraba escondido haciendo los ruidos propios de ese animal.

Para tal efecto resulta necesario establecer si en realidad ese tiro que le ha costado la vida a un sujeto se da en las condiciones esenciales que no podía evitar el activo. Que no supiera que en el sitio hay otros cazadores. Que no exista esa capacidad de comprobación del acto realizado. Si atendemos al principio de la presunción de inocencia no será el activo quien tenga que acreditar esta circunstancia. No tener la representación y sobre todo, no querer el resultado serán cuestiones que habremos de señalar en el siguiente capítulo.

Asimismo, propio de este trabajo será establecer las nuevas denominaciones para el error y los efectos que vienen aparejados con los mismos, de los que Jiménez de Asúa trató, sin afiliarse a corriente alguna, dado que su concepción del tipo en tanto que hipótesis normativa, opta por ubicar al error como una de las causas de inculpatibilidad. Líneas abajo observaremos que a raíz de la entrada del finalismo, el error sufrió una partición cuyas secuelas aun se pueden encontrar en los diversos tratados sobre la materia. Herrera escribe:

Fontán Balestra sostiene que el error es esencial cuando impide al autor comprender la naturaleza criminosa del acto que realiza, lo que ocurre únicamente cuando el error recae sobre un 'elemento' de la figura delictiva.

Por tanto, son errores esenciales de hecho, aquellos que recaen sobre los elementos materiales (descriptivos) de la figura delictiva, y que fundamentan la pena, como 'ser humano' del art. 79 (el que mate a otro); arma de fuego' del art. 104; 'explosivo', 'bombas' del art. 189 bis; 'cosa' del art. 162, etc. O sobre la valoración de la cosa, como la calidad de 'ajena' de la cosa mueble del mismo art. 162; 'funcionario público' del art. 244; 'documento' del art. 292; o sobre el 'título' del art. 173, inc. 2ª; 'bienes embargados' del art. 173, inc. 9ª, etc. También cuando versa sobre una circunstancia que agrava la pena como 'ascendiente',

'descendiente', o 'cónyuge' del art. 80, inc. 1º, pero en estos casos el error sólo excluirá la agravación dejando subsistente la responsabilidad por el tipo básico del art. 79, y, lógicamente aquel artículo atribuye al saber del autor estas circunstancias agravantes del delito. En consecuencia, en este último caso el error sólo atenúa la responsabilidad.

Asimismo, es error esencial de hecho, el que recae sobre las circunstancias que fundamentan la ilicitud del hecho, como ser por ejemplo la creencia del autor que concurre una causa de justificación en realidad inexistente. Así, no sería culpable por apropiación indebida o *retención* indebida del art. 173, inc. 2º (con la nueva redacción de la ley 17.567), el dueño de un taller mecánico que cree erróneamente que le asiste el derecho de retención del automóvil llevado por su propietario para un arreglo, fundándose en una deuda por título diferente al del arreglo. O quien se defiende de lo que cree una agresión ilegítima cuando en realidad fue objeto de una broma, o tal agresión sólo existía en su psique.⁹²

Es necesario establecer que para los delitos culposos el error esencial sólo incide en su punición cuando se trata de un deber de cuidado incumplido por el cual se ha producido el resultado. Es el caso de quien debía informar al cazador (el responsable del área de tiro) que hay otros cazadores en la misma área y que además de estar escondidos, hacen ruidos para atraer a sus presas. El no informar, el informar de manera equívoca, puede propiciar la responsabilidad a título de culpa. Entonces ese error no resulta eximente. Herrera recalca: "en todos aquellos casos en que el error recae sobre las circunstancias fundamentadoras del deber de cuidado o prudencia."⁹³

⁹² Herrera, *El error en materia penal...*, p. 52.

⁹³ *Idem*.

1.3.2. Posición Unificadora.

Al abordar el estudio del error, hubo la corriente de pensamiento que consideraba una identidad entre las especies de error: de derecho y de hecho, de tal modo que si una era consecuencia de la otra, igual relevancia debían tener al ser tratadas mientras los equívocos incidieran directamente con la esfera jurídica, de tal modo que no todo error tiene efectos jurídicos sino aquel que se considera relevante. Herrera escribe:

A raíz de las grandes dificultades encontradas a la distinción en error de hecho y error de derecho, y con la idea de superarle, Binding sostenía que los hechos con significación jurídica se componen tanto de normas como de hechos, y es el conjunto lo que constituye los hechos con esa significación. Por eso el error sobre la vida de un hombre, sobre la existencia de una norma, sobre la determinación de pena para el hecho, son todos 'errores jurídicamente relevantes'. Por ello, todo error que ofrezca interés jurídico, que sea jurídicamente relevante, es un error de derecho. El que versa solo sobre los hechos sin que de ello se produzca ninguna modificación jurídica, como es el que alguien crea que el Sol gira alrededor de la Tierra, no puede tomarse en consideración. Análogas consideraciones efectúa Finger, quien dice: 'Si se admite que actuar jurídicamente significa examinar la relación entre la acción y el derecho y comportarse en consecuencia con éste, y que el derecho no puede requerir sino que todos obren conforme con los preceptos por ellos conocidos, resulta que debe ser indiferente para la culpabilidad cuál sea el elemento en que el error se funda. Agréguese a ello que es imposible una distinción suficiente entre error de derecho y error de hecho, por cuanto el derecho, en sus disposiciones, se refiere a hechos y con ello transforma las cuestiones de hecho en cuestiones de derecho'. Von Liszt dice categóricamente que la distinción entre error de hecho y de derecho no

encuentra fundamento en la ley. En España se pronuncia en el mismo sentido Cuello Calón.

También Soler marca la dificultad en distinguir cuándo el error es de hecho y cuándo de derecho, pues se puede tener cocaína sin autorización, ya sea porque se ignore que la autorización es requerida, o que la sustancia es cocaína. En ambos casos se ignora que esa sustancia está jurídicamente considerada. Empero, reconoce que la vieja distinción tiene 'tal poder tradicional que, no obstante las muchas razones en contra de la doctrina moderna, se mantiene en la jurisprudencia y la vemos también en nuestra ley'. Fontán Balestra, más categórico, piensa que 'el error exclusivamente de hecho no puede imaginarse, en relación con el orden jurídico, es decir, objetivamente, puesto que la razón de ser de que el error elimine la culpabilidad es, precisamente, que impide tener conciencia de la criminalidad del acto. Así vistas las cosas, siempre el error debe referirse a su valoración jurídica, pues el error que no impide comprender la criminalidad del acto no tiene función excluyente de culpabilidad'.

En verdad, la teoría unificadora no identifica el error de hecho con el de derecho, lo que sí trata de demostrar es que existe un único error con relevancia jurídica. Esto, a mi juicio, proviene de atender únicamente al efecto que produce el error en la comprensión del agente y por ende en la causa de la exclusión de pena. Pero mirada la culpabilidad desde el punto de vista jurídico-penal, un tratamiento unitario del error resulta imposible sostener, pues lo que interesa al derecho es *en qué medida el error afecta los elementos del juicio de reproche*. Un sector de la moderna doctrina tiende a trasladar el criterio distintivo a la *naturaleza del objeto afectado por el error*.⁹⁴

⁹⁴ Herrera, *El error en materia penal...*, pp. 68- 70.

1.3.2.1. Nuestra opinión.

La teoría unificadora en realidad devuelve el fenómeno del error a sus principios, aun con la salvedad de explicar que su objetivo es destacar no la identidad entre el error de hecho y el error de derecho a través del efecto jurídico que la ley penal les otorga, sin embargo y, atendiendo a las posturas dominantes hoy en día, no podemos soslayar dogmáticamente la partición que existe del error, que ha seguido la suerte del dolo.

Líneas abajo veremos que pasado el medio siglo pasado, el estudio del dolo y sus circunstancias excluyentes tuvieron un cambio de posición, quedando en el tipo y en la culpabilidad el tratamiento de éstos. Una vez dado ese paso, la teoría unificadora fue superada en aras de una nueva teoría, que, abarque el fenómeno del error en la posición que actualmente ocupa. Ahora bien, si al Derecho sólo le importa lo que trasciende dentro del mismo, error de hecho (trascendente al mundo del derecho) y error de derecho como tal son finalmente errores de derecho en general.

La cuestión unificadora debe tender ahora a los efectos que a cada especie de error le correspondan, ya se trate por defectos cognitivos o por defectos volitivos.

1.4. Las Primeras Codificaciones Penales.

El fenómeno de la codificación moderna se debe en gran medida al impulso dado por Napoleón. La dispersión de leyes era sinónimo de desorden y anarquía, por lo que su reunión metodológica constituyó una de las grandes aportaciones de aquel imperio del siglo XIX. Esa visión como veremos al momento de tratar la legislación penal mexicana, debiera retomarse en aras de evitar la impunidad o en el caso que ahora tratamos, que sea la ley misma la que por sus variantes geográficas estimule la comisión de actos sancionados por dichas leyes. Luis Jiménez de Asúa recoge la primera visión histórica de las leyes penales y escribe:

La historia más próxima a nosotros, en plena época de la Codificación, demuestra que ese pretendido apotegma halló excepciones frecuentes, en las contravenciones y delitos menores (Y... ¿por qué no admitirlo también en otros, ya que los *principios* hacen a la esencia y no a la cantidad?). En efecto, el Código parmesano de 1821 que, en el artículo 6°, referente 'a las contravenciones en cosas prohibidas sólo por los reglamentos puramente locales', declaraba punible al extranjero únicamente respecto de 'aquéllos que las cometiesen dieciocho días después de su permanencia en estos Ducados, salvo el caso en que se probase que conocían antes los dichos reglamentos'.

En Alemania se avanzó mucho más. En efecto, el antecedente más interesante de unidad del error en las legislaciones, se halla en el Código penal de Baviera de 1813, que refleja el pensamiento de su autor principal, Anselmo von Feuerbach. Se declara impune, en el núm. 6° del art. 126, a la 'persona que ha tenido su acción como permitida y no penable (*unstrafflich*) por ignorancia invencible (*unüberwindlicher*) e inculpable'. Esto se debe a que, conforme al criterio de

Feuerbach, el dolo es fundamentalmente 'consciencia de la punibilidad'. En cambio, las leyes siguientes declararon que el 'desconocimiento de la ley no exculpa'; pero en Württemberg (1839) se considera la ignorancia enteramente inculpable, y en Hannover (1840) se exige la 'consciencia de lo no permitido' (Unerlaubten).⁹⁵

Aquellas antiguas legislaciones plantean el problema que implica la figura del error para quien tiene la facultad de sancionar penalmente, reconociendo que el extranjero desconoce las leyes del lugar donde se encuentra y más aun las hipótesis penales en las que pudiera encuadrar su conducta. Ahora bien, aun cuando pudiera pensarse que se trata de una hipótesis antigua, lo cierto es que la multiplicidad de ordenamientos penales en un mismo Estado propicia el fenómeno que desde aquellos códigos se pretendía evitar y que consiste en que un sujeto con sólo cambiar de esfera jurisdiccional al realizar la misma conducta pueda cometer un delito.

Por cuanto hace a la codificación penal mexicana, Díaz de León escribe sobre los intentos del Emperador para que se redactara el primer Código penal o bien para aplicar el Código penal francés, sin embargo, ambos esfuerzos no frugaron debido a la caída del Segundo Imperio.⁹⁶

El Código penal de 1871 recoge el principio de que la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento, cómo lo establece el artículo 10 que señala:

"la presunción de que un delito es intencional no se destruye aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes excepciones:

⁹⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*..., p. 372.

⁹⁶ Cfr. Díaz de León, Marco Antonio, *Historia del Derecho Penal y Procesal Penal mexicanos*, Tomo I, Porrúa, México, 2005, p. 296.

I...

II. Que ignoraba la ley;

III. Que creía que ésta era injusta, o moralmente lícito violarla;

IV. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito..."

Dicho artículo obedece a su tiempo y recoge las legislaciones dominantes en las postrimerías del siglo XIX.

Dentro del efímero Código penal de 1929 para la presunción de intencionalidad de un delito desapareció la fórmula "que ignoraba la ley", de tal modo que encontramos al error dentro de las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal en su artículo 45, fracción IX, que señalaba:

"IX. Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar"

De donde podemos pensar en el sujeto que era acusado de estupro, siendo el caso que el activo desconocía que la ofendida tenía menos de dieciocho años, por ejemplo. O bien, en el caso del delito de bigamia, que una persona X contrajera matrimonio sin saber que su cónyuge no había disuelto un contrato de matrimonio anterior.

El mismo código dentro de su catálogo de atenuantes señalaba:

"Artículo 59. Son atenuantes de cuarta clase:

I...

II...

III...

IV...

V. Obrar el agente creyendo con error fundado en algún motivo racional, que lo hacía en ejercicio legítimo de un derecho, o en cumplimiento de un deber propio de la autoridad, empleo o cargo público que desempeña;

(De esta fracción se puede desprender la idea de un agente de la policía judicial que, durante una persecución, cree que es legítimo detener a toda costa a un delincuente y que se le puede disparar cuando aquél huye del lugar.)

VI. Ser el delincuente tan ignorante o supersticioso, que en el acto de cometer el delito no haya tenido el discernimiento necesario para conocer toda la gravedad de aquél;"

Esta fracción identifica a la ignorancia con la superstición, lo cual si bien no resultan sinónimos, lo cierto es que es una forma común de calificar a la segunda cualidad con la primera que establece dicha fracción.

Es notorio el cambio en la ley respecto al tratamiento que se le da a la ignorancia, sin embargo, los avances de la dogmática a lo largo del siglo no permearían en nuestros códigos penales sino hasta las dos últimas décadas cuando se incorporaron los conceptos de error de tipo y error de prohibición.

Así en el Código penal de 1931 se redactó lo siguiente respecto a la figura del error:

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

...

VI. Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar⁷

Con ello se reitera la eximente del código precedente y desaparecen las atenuantes.

En la época en que estaba vigente dicho artículo se podían encontrar criterios en nuestros más altos tribunales relativos al error en el golpe o al error en la persona, pero consideramos que de entre ellos destaca el siguiente:

Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
CX
Página: 1941
Tesis Aislada
Materia(s): Penal
ERROR COMO EXCULPANTE.

El autor argentino, Sebastián Soler, resumiendo las investigaciones doctrinales al respecto, concluye que para que el error (de hecho y de derecho), excuse, debe ser esencial, decisivo e inculpable. La esencialidad radica en que el error verse sobre alguno de los elementos constitutivos de la figura delictiva (elementos esenciales), o sobre las agravantes clasificativas; se opone a la esencialidad del error su accidentalidad, que es la que recae sobre elementos o circunstancias que no alteran la esencia o la calificación misma de tipo penal. Es decisivo el error, como requisito para ser eximente, cuando de no haberse presentado viciada la representación del autor, éste habría procedido en forma diversa. Por último, el error es inculpable, o racionalmente invencible como lo denominan otros autores, cuando no puede atribuirse a la negligencia del que lo sufre. Dichas tres características son rigurosamente necesarias para constituir el error excusante, ya que faltando la esencialidad, si el error no es decisivo, puede dejar subsistente el dolo eventual, entendiéndose por éste, la aceptación del evento y por último, si el error no es además racionalmente invencible, será imputado a la culpa del agente.

Amparo penal directo 4647/48. Aranda Uribe Alfredo. 22 de septiembre de 1951. Mayoría de tres votos. Ausente: José Rebollo. Disidente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Durante la reforma penal de 1983 – 1984 se aborda al error como excluyente de responsabilidad⁹⁷ y en la misma se atiende de manera predominante a la vencibilidad en invencibilidad del error, dando los primeros pasos para distinguir al error de tipo así

⁹⁷ El error será considerado como excluyente de delito hasta la reforma de 1993, conocida por su publicación en el Diario Oficial de la Federación como la reforma del 10 de enero de 1994.

como al error de prohibición. Carlos A. Madrazo escribió sobre la trascendencia de aquella reforma:

Conforme a las reformas publicadas en enero de 1984, son dos los artículos del Código Penal que se ocupan de la materia del error el 15, fracción XI y el 59 bis.

En la iniciativa presidencial enviada a la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, en diciembre de 1983, sólo se planteaba la adición del artículo 59 bis, con el objeto de empezar ya a dar de entrada al error en nuestra legislación penal, no obstante que el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal de 1983⁹⁸ se preveía de manera más amplia. Dicho artículo 59 bis se refiere a situaciones previstas en el artículo 21 del Código Civil para el Distrito Federal, que trata, de alguna manera, favorecer a quienes se encuentran en una situación de notorio atraso cultural o de aislamiento social.

De suerte que si, por tal razón, el individuo actúa por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, la pena que se le imponga se le podrá disminuir o bien se le aplicará una medida de tratamiento.

La reforma que se planteaba con la adición del artículo 59 bis, por tanto, sólo tenía un alcance reducido, por un lado, porque sólo se trataba de favorecer a los individuos que se encontraran en situaciones previstas por el Código Civil (art. 21) y, por otro, porque no obstante ser un error invencible sólo se le dio el efecto de atenuar la pena o, en su caso, de aplicar una medida de tratamiento.

La Cámara de Senadores, por su parte, adicionó al artículo 15 fracción XI, que también se refiere a situaciones de error pero que tienen un alcance más general y amplio que el 59 bis. En efecto, con esta nueva fracción al artículo 15, si el error

⁹⁸ Elaborado conjuntamente por la Procuraduría General de la República, la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal y el Instituto Nacional de Ciencias Penales y dado a conocer a la opinión pública el 10 de agosto de ese año, en su versión preliminar.

es invencible la responsabilidad penal se excluye totalmente, en cambio, si sólo es vencible, dicha responsabilidad no se excluye, pero consecuentemente habrá una atenuación de la sanción como se precisaba en el Anteproyecto de 1983.

Con el nuevo contenido en el artículo 15, por tanto, se da entrada en toda su amplitud al error, y a sus efectos en nuestro Derecho Penal, superándose de ésta manera lo que pretendía lograr con el sólo artículo 59 bis. Ello, desde el punto de vista político criminal, resulta adecuado.⁹⁹

Coincidimos con la postura de este autor, pues, a través de dicha reforma se dio un gran paso sobre el tratamiento del error, independientemente de la postura dogmática, pues con ella además quedó superada la presunción del dolo.

El texto actual en el Código Penal Federal es:

*CAPÍTULO IV. Causas de exclusión del delito.

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

...

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código;”

⁹⁹ Madrazo, Carlos A., *La Reforma penal (1983 - 1984)*, Porrúa, México, 1989, pp. 158 - 159.

Este texto obedece, esencialmente a la corriente finalista a la que se adhirió nuestro Código desde 1994, puesto que, como veremos líneas abajo, con dicha corriente de pensamiento vino aparejado la partición del error, el cual por un lado atiende a los elementos del tipo y por otro a la conciencia sobre la ilicitud del hecho.

1.5. El desarrollo Histórico-Dogmático de la Doctrina del Error de Derecho.

Mucho tiempo ha pasado desde que se pensaba que el delito se componía de dos elementos o "fuerzas": una física y otra moral (Carrara), de modo tal que resulta de sumo interés adentrarse a las distintas corrientes del pensamiento que han intentado encauzar el estudio de los ilícitos penales. Jiménez Huerta señala sobre el particular: "Si abrimos un Código Penal de cualquier nación o época y fijamos la vista sobre su Parte Especial, de inmediato advertimos que ésta contiene un catálogo de figuras delictivas, bien diferenciadas unas de otras por sus típicas texturas. Y precisamente, la típica trama de cada figura y la significación ínsita en su *tipicidad*, han puesto en un primer plano de la consideración jurídica el valor del subrayado vocablo en la formación conceptual del moderno Derecho punitivo."¹⁰⁰

Efectivamente, a través de los diversos códigos penales que se han producido a lo largo del tiempo podemos conocer no sólo las instituciones penales de cada pueblo, sino también sus preocupaciones sociales. Una sanción determinaba el grado de

¹⁰⁰ Jiménez Huerta Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, 6ª. Ed., Porrúa, México, 2000 p. 21.

importancia que revestían los bienes protegidos y la escala de éstos.¹⁰¹ Señala el penalista mexicano Ricardo Franco Guzmán:

La Dogmática del Delito no ha sido en todos los tiempos ni para todos los autores, verdad única. En torno a ella siempre han existido problemas y se han suscitado discusiones de altura, que han puesto de relieve la complejidad de este fenómeno tan rico que es el delito.

En una rápida mirada hacia el pasado podemos contemplar cómo fue evolucionando, a partir de los primeros tiempos, desde una contraposición a las leyes divinas, al mandato personal de los monarcas y de los detentores del poder, hasta la concepción moderna que la finca en la infracción a las normas de cultura (Mayer).¹⁰²

Por su parte, Giuseppe Maggiore ubica a esta teoría dentro de la Teoría General del Derecho. Asimismo, dice: "Si la teoría del delito es ciencia, con los mismos títulos que la ciencia general del Derecho, debe tener una estructura sistemática y una organización lógica que respondan a criterios de rigurosa necesidad [...] Sin embargo, las dificultades pueden ser superadas, si tenemos presente que la Teoría del delito, como la del Derecho, depende de la lógica. La Dogmática es una filiación directa de la lógica -la clásica lógica formal- y de ella ha de tomar sus divisiones, sus problemas y sus leyes."¹⁰³

¹⁰¹ Jiménez Martínez, siguiendo a Moreno Hernández, señala: La teoría del error en Derecho penal ha pasado por las siguientes fases:

Teoría de la irrelevancia del error;

Teoría del hecho;

Teoría de la irrelevancia del error de derecho;

Teoría de la relevancia del error de derecho;

Teoría del error de tipo y del error de prohibición. *Op. cit.*, *Elementos de Derecho Penal...*, p. 559.

¹⁰² Franco Guzmán, Ricardo, *Delito e injusto, formación del concepto de antijuricidad*, México, 1950, pp. 13-14.

¹⁰³ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, Vol. I, *El Delito*, traducción de José J. Ortega Torres, reimpresión de la 2a. ed., Temis, Bogotá, p. 268.

Esto es, que a través de la lógica entraremos al estudio de aquellos caracteres que tiene todo delito.

El delito, una vez comprendido desde esta perspectiva debe observarse como un ente propio de la ciencia del derecho que contendrá aquellas conductas humanas tachadas de antisociales, en un tiempo y espacio determinados. Para la lógica quedan las tareas de definir y de dividir al delito como tal, entendiendo que al definir, establece cuáles son sus aspectos esenciales y al dividir, clasifica al delito por dichos caracteres.

La dogmática penal ha tenido en los últimos cien años cuatro pilares sobre los cuales se ha sustentado el estudio del delito: el causalismo, el causalismo neoclásico, el finalismo y el funcionalismo. Dentro de estos sistemas se ha tocado lo relativo al error donde ha tenido un carácter accesorio al dolo y, donde, a partir del tercer sistema, encontramos la partición del mismo. Al referirse al causalismo, el jurista alemán Edmundo Mezger explica que:

La punibilidad del hecho presupone la causalidad del acto de voluntad. Entre los distintos elementos que integran el hecho de comisión -el acto de voluntad, el movimiento corporal y el resultado posterior- debe existir, para que puedan ser atribuidos al hecho, una relación mutua en el sentido de una *relación de causas o relación causal*. La determinación de tal relación constituye, por lo tanto, una tarea jurídico-penal importante.¹⁰⁴

Este importante autor con el que poco a poco el causalismo clásico transita hacia el causalismo neoclásico (una vez agregados los elementos subjetivos del injusto) explica que un resultado obedece a un acto de voluntad que lo causa, por lo que si

¹⁰⁴ Mezger, Edmund, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Cárdenas Editor, México, 1990, p. 109.

mentalmente suprimimos la causa, no es posible determinar al resultado. Existe el ejemplo: *En caso de que la víctima hubiera sobrevivido si no le hubiesen hecho tomar un veneno, la administración del veneno es la causa de la muerte.*

Para explicar el nexo causa-efecto al que nos hemos referido en los últimos puntos, existen diversas las teorías. Respecto a éstas, Mezger nos dice que tenemos que preguntarnos si y hasta qué punto la relación causal obtenida de esta manera conduce a la responsabilidad jurídico-penal. Sobre este punto, todavía no resuelto, hay divergencia de opiniones. Comencemos por enumerarlas, precisando en síntesis su orientación.

En un artículo breve, pero sustancial, Daza Gómez escribe las características de los sistemas que han predominado en la dogmática penal, al respecto plantea las líneas que a su parecer son las determinantes en cada caso:

Es sabido que el positivismo plantea una estricta separación ente el ser y el deber ser; entonces, el Derecho penal queda referido al delito como algo que es, es decir, como un hecho ausente de cualquier valoración trascendental, apartado en concreto de la *política criminal*. Es así que en la ciencia penal florece una teoría del *injusto material* palpable en la lesión de bienes jurídicos, a la que ahora denominamos *doctrina causalista del delito*, y cuyas repercusiones en esta disciplina podemos abreviar como sigue: La construcción sistemática de un Derecho penal ausente a consideraciones de valor, que desembocaría principalmente en el desarrollo de un concepto de autor como "causador"; la tipicidad se extendió demasiado debido a la fórmula de la *conditio sine qua non*; en la culpabilidad se vio una relación cuasi-causal entre resultado y autor; el injusto penal se entendía principalmente como disvalor de resultado; el tipo penal contaba con una función básicamente descriptiva; se tenía una consideración

material de la antijuridicidad; el dolo y la culpa, como elementos de la voluntad, se localizaban en la categoría de la culpabilidad, y su función era francamente utilitarista respecto de la protección de bienes jurídicos; el bien jurídico protegido era el núcleo del delito.¹⁰⁵

Si bien es claro al determinar el origen del causalismo, considerar por ejemplo en el caso de los delitos contra la vida tener como centro "utilitarista" al bien jurídico tutelado más que desmerecer esta teoría podemos columbrar que los fines para los que se ha constituido la ley penal es para salvaguardar lo que interesa a la sociedad: vida, libertad, etcétera. Dicho sistema tendría un aporte fundamental cuando además de estudiar al hecho, se le agregó la valoración de algunos de los elementos que componen al delito, cuestión que, con sus modalidades ha sido una constante en los sistemas siguientes. Márquez Piñero escribe:

A pesar de ello, en Alemania, ha encontrado acogida, amplia y muy cualificada; una corriente llamada unificadora. Dentro de ésta cabe señalar las argumentaciones de Binding y de Von Liszt.

Las fundamentaciones de la actitud de los tratadistas alemanes se encuentra en el hecho de que el código penal alemán no distingue entre error de hecho y de error de derecho, de ahí que, obviamente, consideran que no hay razón para mantener esta diferenciación.

Franz Von Liszt afirma que no tiene ninguna importancia, para el valor jurídico del error, que la repulsa errónea de la presunción de que el acto está previsto en la ley descansa sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. La distinción entre error de hecho y error de derecho no encuentra fundamento la ley. Esta distinción fracasa

¹⁰⁵ Daza Gómez, Carlos, "El funcionalismo, hoy" en *Criminalia*, Año LXV, núm. 3, septiembre - diciembre, Porrúa, México, 1999, pp. 136.

ya, puesto que no hay conceptos jurídico-penales; el derecho penal, como derecho protector, toma más bien sus conceptos de las restantes ramas jurídicas.

Por su parte, Carlos Binding considera falsa la distinción entre error y hecho y error de derecho sentada por el más alto tribunal alemán, y proclama que la supuesta eficacia distinta de estas dos pretendidas clases de error contradice todo sentimiento de justicia. El error sobre la existencia de un precepto jurídico, sobre la vida de un hombre, sobre la derogación de una regla de derecho, sobre la existencia de un delito, sobre la punibilidad del mismo, etc., no son más que errores sobre los hechos jurídicamente relevantes, la expresión *error jurídicamente relevante* es utilizada por Binding para caracterizar todo lo que en el orden jurídico es error. De lo dicho, Binding deduce la imposibilidad de sostener dogmáticamente la división del error de hecho y error de derecho, ya que todo error jurídicamente relevante ha de ser, necesariamente, error de derecho.¹⁰⁶

La distinción a que alude Binding lo inscribe como un férreo defensor de la teoría unificadora del error, tomando en consideración el efecto jurídico relevante, mismo que, por estar circunscrito en el mundo del derecho lo hace único. Pero, contrario a lo que sostiene, dogmáticamente el error es distinguible, separable y esa distinción permite que el efecto jurídico sea distinto. Javier Jiménez describe al causalismo neoclásico:

En cuanto a la culpabilidad, en el sistema neoclásico es 'reprochabilidad, pero conteniendo también el dolo y la culpa', es un juicio de reproche que se le hace al autor por haber realizado un hecho típico y antijurídico, pudiendo haber actuado conforme a lo que ordena el derecho. La culpabilidad, además de tener un contenido determinado de carácter psicológico (dolo y culpa), es un juicio de desvalor, 'la culpabilidad es reproche, la imputabilidad, el dolo y la culpa son formas de ella'.

¹⁰⁶ Márquez Piñero, *Derecho Penal, parte general*, 2ª. Reimpresión, Trillas, México, 2001, p. 279.

De acuerdo con esto, la culpabilidad se entendió como la relación psicológica entre el agente del hecho y el resultado, formando parte de la culpabilidad las formas de culpabilidad: el dolo y la culpa, y además se le agregaba un juicio de valor que da origen al reproche del autor por el hecho que ha originado el delito, sus elementos fueron:

- imputabilidad (aptitud espiritual normal de autor);
- el dolo y la culpa (relación entre el autor y el hecho)
- exigibilidad (normalidad de las circunstancias en que el autor obra).

La culpabilidad no es psicológica, ni normativa, es una tendencia mixta, lo anterior en virtud de las aportaciones de Frank, Goldschmidt y Freudenthal.

Aparece compuesta por elementos heterogéneos: psicológicos como dolo y culpa consciente; normativos o valorativos, como culpa inconsciente, imputabilidad y exigibilidad. las antiguas formas o modalidades de la culpabilidad, de dolo y culpa, han pasado a ser elementos de un concepto heterogéneo de culpabilidad... no tardó mucho en denunciarse lo inadmisibles de una tal mezcla de lo psicológico y lo normativo, de lo valorado y de la valoración, bajo un mismo concepto.

En síntesis, los avances del causalismo valorativo consisten precisamente que en todas las categorías sistemáticas (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) se van coloreando de elementos subjetivos, así hay en ellos no sólo elementos objetivos sino también subjetivos, a diferencia de lo que sucede en el sistema clásico en donde dichas categorías eran puramente objetivas o puramente subjetivas.¹⁰⁷

Como lo señalamos líneas arriba, la valoración como aporte del causalismo neoclásico hizo que se arraigara en sistemas penales como el nuestro, donde, aun con los embates de nuevas teorías prevalece hasta nuestros días, con lo que se demuestra

¹⁰⁷ Jiménez Martínez, Javier, *Fundamentos de la teoría general del hecho punible*, Inacipe, México, 2003, pp. 90 - 92.

que el sistema es perfectible y que lo primordial antes de optar por una corriente o escuela es que el derecho sea eficaz. Por su parte, Daza Gómez describe al causalismo neoclásico por sus elementos valorativos:

Entre los alcances de esta doctrina causalista-valorativa, podemos contar principalmente: el cambio del tipo como *ratio cognosendi* a *ratio essendi*; el tomar más atención al por qué del quebrantamiento de la norma que a la simple constatación de su infracción; el identificar ciertos elementos subjetivos de la antijuridicidad; el que la función de la pena se halle en la resocialización del delincuente; y, también debemos a este modo valorativo de pensar, el haber entendido a la culpabilidad como una categoría de valor que, metodológicamente hablando, no acepta ninguna inclusión de elementos ónticos; en esta forma se condujo a excluir lo psicológico (el dolo y la culpa) del campo de la culpabilidad, y por consiguiente, a incluirlo dentro de la esfera de la acción y del tipo.¹⁰⁸

La aparición de los elementos subjetivos del injusto son el punto medular para que se intentara establecer la dogmática a partir de los fines del sujeto, así que de los fines que establecía el tipo penal se pasó a los fines que perseguía el autor del delito, estableciendo un delito de autor y no un delito de hecho.¹⁰⁹

Hans Welzel es el jurista que le da nacimiento a la teoría de la acción finalista de la acción, dentro de la Teoría del Delito, a efecto de superar la teoría causal de la acción. Esta Teoría reviste aún mas importancia si pensamos que nuestro Código Penal desde su origen y hasta 1994 se adhirió al llamado causalismo, siendo que, con las reformas de enero de aquel año, su orientación se inclinó hacia el finalismo. El cual considera que una conducta está orientada hacia un fin determinado y sobre ese

¹⁰⁸ Daza Gómez, Carlos, "El funcionalismo, hoy", *Op. cit.*, pp. 136 - 137.

¹⁰⁹ Estas cuestiones fueron abordadas por vez primera en México por el doctor Franco Guzmán, en su libro *La subjetividad en la ilicitud*. Cajica, México, 1959. pp.186, justo cuando entraba en boga el finalismo en Alemania.

concepto final se centra en principio esta teoría, que, además hace una partición o reacomodo de los elementos del delito, separándose del esquema propuesto por Sauer.¹¹⁰ Jiménez de Asúa escribe:

En Bélgica J. J. Haus, que fue uno de los autores más originales y sapientes de la mitad del pasado siglo¹¹¹, dividió así los casos de ignorancia y error: a) se puede -dice- ignorar la ley penal; b) se puede equivocarse el agente en cuanto a la relación que existe entre el hecho y la disposición legal, que es el error de derecho; c) además, añade, la ley penal se compone de dos partes: 'una, la dispositiva, indica los hechos que el poder social prohíbe u ordena; otra, la sanción, al infractor con un cierto grado de sufrimiento'; es decir, que 'se puede tener conocimiento de la parte dispositiva de una ley penal, *sin conocer su sanción*'; d) en cambio, el sujeto que 'no sabe que ese acto está prohibido - [obsérvese que ya atisba Haus, el error de prohibición]- u ordenado por la ley, está igualmente en la ignorancia respecto a la pena, cuya acción o inacción castiga, puesto que ignora la existencia incluso de la ley penal'; se puede caer en error respecto de un hecho particular o ignorar las circunstancias que le dan el carácter del delito o de un crimen más grave' [...]

Es general en Alemania decir que 'el error no es otra cosa que el lado negativo del dolo'. Incluso autores modernos lo asientan así y hasta Welzel escribió que la 'doctrina del error es el reverso de la teoría del dolo'. Pero lo que más nos interesa, por el momento, al amparo de la fórmula amplia del § 59, los penalistas

¹¹⁰ Siguiendo las teorías clásica y neoclásica encontramos los siguientes

Aspectos positivos	Aspectos negativos
a) Conducta	a) Ausencia de conducta
b) Tipicidad	b) Atipicidad
c) Antijuridicidad	c) Causas de justificación
d) Culpabilidad	d) Causas de inculpabilidad
e) Punibilidad	e) Excusas absolutorias.

El penalista Carlos Daza Gómez establece, de acuerdo con el finalismo:

Presupuestos:	Consecuencias Jurídicas:
a) Tipicidad	a) Pena
b) Antijuridicidad	b) Medida de seguridad
c) Culpabilidad	

¹¹¹ Siglo XIX. N del A.

alemanes más distinguidos patrocinaron la tesis de la unificación: todo error es de hecho (un hecho) y todo error es de derecho (cuando es relevante para el derecho). Hubo un momento en que ese sistema parecía resolver todas las cuestiones, pero quedaba un *quid* inquietante: ¿cómo delimitar el error? En cuanto a los viejos errores de hecho no había dificultad: si se trataba de un error esencial e invencible se proclamaba sin ambages la inculpabilidad del agente, y si era vencible había un remanente de culpa. Pero en cuanto al llamado *error iures*, ¿cómo delimitar su alcance? Al unificar las viejas clases del error, los problemas de éste resurgían como espectros. [...]

Por otra parte y para que el imperio del error de prohibición fuera más fácil, fue abandonándose la imperante sistemática de situar el error en la 'doctrina del dolo'. Los más modernos autores, como Welzel y Maurach, en sus obras de conjunto sistemático, cuyo capital defecto es haber engendrado una verdadera catástrofe sistemática, no sólo escinden los dos errores el de 'tipo' y el de 'prohibición', sino que les sitúan en lugares muy apartados del sistema: el primero al estudiar el 'tipo' y el segundo al tratar de la 'culpabilidad'.¹¹²

Dentro del artículo del doctor Daza Gómez observamos claramente las líneas metodológicas que permiten distinguir al finalismo:

La aprobación de la naturaleza de las cosas como único método válido del finalismo, trajo a la dogmática penal los siguientes resultados: la inclusión del dolo al tipo a nivel de injusto; la tesis de la accesoriedad limitada en la participación delictiva; entender a las normas de comportamiento como imperativos, aspecto que lógicamente conduce a distinguir entre disvalor de la acción y disvalor del resultado, e incluso se afirma que este último podría no ser necesario para la conformación del injusto penal; se otorga un reconocimiento *dinámico-funcional* al bien jurídico protegido; se extiende la opinión de que la única doctrina defendible para solucionar el problema jurídico penal del error es

¹¹² Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal...*, pp. 327 - 328.

la culpabilidad; se hace notar que la antijuridicidad requiere de ciertos elementos subjetivos, lo mismo que las causas de justificación; la culpabilidad queda entendida como el planteamiento de un juicio de reproche; el delito culposos se observa como el quebrantamiento de un deber objetivo de cuidado; se distingue entre autoría y participación, según quien tenga el dominio final del hecho; el error sobre algún elemento del tipo excluye al dolo, dejando subsistente la punibilidad por culpa; el error de prohibición también excluye al dolo, debido a que éste forma parte de la conciencia de la antijuridicidad.¹¹³

Con la aparición del finalismo se muda al elemento de la culpabilidad, llamado dolo como un elemento del tipo, Con dicha innovación da como resultado, entre otros, la partición del error como materia de estudio.

Por su parte, el trabajo de Jiménez de Asúa prescinde de cualquier elogio que pudiéramos externar, dada su extensión y profundidad, y a pesar del tiempo que lleva dicha obra sin actualizarse con las tendencias que entraron en boga en los últimos treinta y cinco años, Jiménez de Asúa se adelantó a su época y trató de manera amplia lo que ahora, en este trabajo pretendemos exponer con los cambios que ha sufrido la dogmática. Jiménez de Asúa describe lo que a su parecer representan las aristas dogmáticas dentro del problema del error o que su tratamiento puede suscitar:

Como se verá a su tiempo, esta distinción ha puesto excepcional claridad en las cuestiones, harto arduas, que el error suscita y, a nuestro juicio, el tratamiento del error como aspecto negativo de la culpabilidad, que constituye la más importante 'causa' de ausencia de ella, nos evita caer en el peligro de la 'teoría del dolo' o en la sima de la 'teoría de la culpabilidad', las dos harto imperfectas.

¹¹³ Daza Gómez, Carlos, "El funcionalismo, hoy", *Op. cit.*, p. 138.

La única ventaja de la 'teoría de la culpabilidad' es que permite, sin desfiguraciones de la doctrina, tratar no sólo el error esencial de hecho a de derecho que, en efecto, elimina el dolo, sino los casos en que por ser aquél vencible deja subsistente un resto de culpabilidad que suele identificarse con la culpa, así como el error sobre los elementos calificativos del tipo que destruyen la figura agravada, aunque dejan preexistir la otra figura básica o simple del delito; el error sobre las agravantes y atenuantes; el error accidental sobre el objeto y la persona, y la *aberratio ictus*. Comprendemos que el desarrollo de estos errores, que no traen consigo la total inculpabilidad, excede de las causas inculpables. No obstante este reconocimiento, y a fin de no romper la unidad del error, ya que hasta el accidental parte de las nociones básicas de aquél, nos hemos decidido a tratar en el mismo capítulo el error excusable y los otros que no eximen del todo, como fronteras delimitativas del error considerado como causa de inculpabilidad.¹¹⁴

Por su parte, un seguidor de las ideas de Jiménez de Asúa, el jurista sevillano Márquez Pifero se refiere al finalismo de la siguiente manera:

La profunda transformación, introducida en la teoría del delito, por el finalismo de Hans Welzel, produjo un gran impacto en el tema del error. El punto de partida de toda la teoría del error reside en la distinción objetiva de los diferentes supuestos de error, que para el finalismo son dos: el error de tipo y el error de prohibición.

La teoría del *error de tipo* se encuentra relacionada –de manera directa e inmediata– con la teoría del dolo, ya que el error de tipo no es más que 'la negación del contenido de representación requerido para el dolo'. Más claramente: el autor no conoce los elementos a que, según el tipo penal de que se trate, debe extenderse el dolo. Concorre el error de tipo cuando 'en la comisión del hecho se desconoce una circunstancia que pertenece al tipo legal'.

¹¹⁴ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 312.

El profesor Jescheck, señala que la palabra *circunstancia* alude, en primer lugar, a todos los elementos objetivos del tipo legal y, además, a las restantes circunstancias conectadas con el dolo. En cuanto a su contenido, el error de tipo puede consistir tanto en una *falsa representación* como en la *falta de toda representación*, ya que el error implica, aclara el maestro, en términos generales, la no correspondencia de conciencia y de realidad.

Al error de tipo se contraponen el *error de prohibición*, es decir, el error sobre la antijuricidad. La diferencia entre ambos viene marcada porque el error de tipo está constituido por el error sobre la presencia de los presupuestos objetivos que condicionan la virtualidad del mandato de la norma (por ejemplo, un cazador cree disparar sobre un animal de caza y, por la indefinición del crepúsculo, dispara sobre un buscador de setas u hongos, desconociendo tal situación).

El error de prohibición, en cambio, consiste en el error sobre el hecho de que una determinada conducta o comportamiento, adecuadamente conocidos por el autor en su configuración objetiva, se encuentra prohibido por las normas jurídicas (por ejemplo, el trabajador extranjero desconocedor de que, en Alemania, está prohibida y resuelta punible la caza de pájaros cantores). Los ejemplos de Jescheck son perfectamente claros en cuanto a la distinción que se pretende.

El tratamiento del error de tipo descansa sobre un principio fundamental muy claro: puesto que el dolo supone el conocimiento de todos elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta este conocimiento –toda o parcialmente– el mismo excluye el dolo. Caso del autor de un robo que ignora que uno de los participantes, en el hecho delictivo, llevaba consigo un arma de fuego, no podrá ser castigado. [...]

Más claramente: el error de tipo excluye el dolo y el error de prohibición excluye la culpabilidad. En esta situación el error de prohibición vencible implica un elemento de culpabilidad, independiente del dolo, que determina la atenuación facultativa de la pena del delito doloso. Con tal criterio se soslayó la posibilidad

de excusas fáciles y de dar lugar a absoluciones injustificadas. Sólo el error de prohibición invencible excluye la pena.¹¹⁵

Conforme con lo sostenido por Márquez Piñero, podemos acotar: la invencibilidad del error excluye la pena como regla general. Pero debemos preguntarnos ¿qué entiende dicho autor por excusas fáciles?

Ahora, como última asignatura pendiente, es necesario establecer, como el mismo Jiménez Martínez lo reproduce, el carácter que diferencia al finalismo del funcionalismo, cuya doctrina encabezada por los juristas alemanes Claus Roxin y Günther Jakobs han ido ampliando la lista de distinguidos penalistas adherentes a esta nueva corriente del pensamiento y cuyos resultados inciden en la dogmática de nuestro tiempo. Jiménez Martínez señala:

Roxin afirma que las categorías del delito son las mismas que en su momento propuso el finalismo, pues se debe partir de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como elementos del delito.

Sin embargo, las diferencias radican en la estructura, los contenidos y el modo de operar del sistema penal. Señala el profesor germano:

Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo político-criminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se presentan como instrumentos de valoración político criminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema-teleológico... sino solo una estructuración distinta de las mismas... Un sistema teleológico-político

¹¹⁵ Márquez Piñero, *Derecho Penal, parte general*, 2ª. Reimpresión, Trillas, México, 2001, p. 279.

criminal tampoco es más que un ulterior desarrollo de la síntesis neoclásico-finalista y no se desvincula del contexto de la tradición histórica dogmática.

Sin embargo, luego de hacer una serie de consideraciones advierte:

...es cierto que tipo y antijuridicidad han de quedar separas sistemáticamente, pero que, no obstante, ambos se pueden reunir componiendo un tipo global en el aspecto del injusto. Por tanto, es absolutamente legítimo contraponer a la responsabilidad el injusto, como unidad superior del tipo y antijuridicidad, separándolo en cuanto comprendió de las circunstancias decisivas para la prohibición penal de la responsabilidad como suma de los elementos relevantes para la responsabilización del autor. El que con independencia de ello haya autonomía del tipo y de la antijuridicidad, cada uno de ellos como una categoría propia del delito, no se deriva de su cualidad de partes en tanto en cuanto no independientes del injusto, sino del hecho de que son divergentes, desde otros puntos de vista valorativo.

De acuerdo con estos correctivos señalados por el propio Roxin, concluye en una estructura bipartita del delito, con base en lo anterior, la sistemática para el estudio del delito debe hacerse conforme al siguiente esquema:

Tipicidad + antijuridicidad = injusto + responsabilidad = delito¹¹⁶

El punto que distingue al funcionalismo del finalismo es el enfoque más laxo, cuya particularidad le permite incluir el término: política criminal, en torno del cual se subsanan problemas ontológicos del sistema, lo que no ocurre en los sistemas precedentes.¹¹⁷

¹¹⁶ Jiménez Martínez, Javier, *Fundamentos de la teoría general del hecho punible...*, p. 159.

¹¹⁷ Moreno Hernández escribe: "Si bien con el desarrollo del derecho penal y de la dogmática penal hubo algunos autores no finalistas que empezaron a manejar otra nomenclatura en torno al error, como es la de *error del tipo* y *error de prohibición*, podríamos decir que es con el sistema finalista que esta nueva nomenclatura alcanza un mayor desarrollo. El hablar ahora de error de tipo y error de prohibición no implica un simple cambio de nombre del problema, pues el cambio de nomenclatura tiene importantes implicaciones tanto político-criminales como

Daza Gómez describe al funcionalismo en el artículo en el que aborda la actualidad del mismo, proponiendo su adherencia al pensamiento de los autores alemanes. Daza escribe:

Entre las peculiaridades del funcionalismo teleológico-racional, encontramos: la inclinación de la política criminal a los fines del Derecho penal; la inserción del dolo en el tipo, aunque no precisamente por razones ontológicas como en el finalismo, sino debido al principio de determinabilidad del Estado de Derecho, admitiéndose a la vez *la doble posición del dolo*; la tipicidad queda directamente relacionada con el principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege*; la antijuridicidad se concibe como la solución social de conflictos, pues esta es la

dogmáticas. Es decir, que hablar de 'error de tipo' no es exactamente lo mismo que hablar de 'error de hecho', de la misma manera que el 'error de prohibición' no es lo mismo que 'error de derecho'. Mientras que el error de hecho recae solamente sobre circunstancias fácticas del delito –independientemente de cual sea el lugar en donde éstas se encuentran en la estructura del delito–, el error de tipo, en cambio, al estar relacionado con el concepto del dolo que se maneja, recae sobre alguno de los elementos objetivos del tipo penal, sean éstos descriptivos –o fácticos– o normativos, que son precisamente los que constituyen el objeto de conocimiento para los efectos del dolo. El error de prohibición, por su parte, no únicamente recae sobre circunstancias jurídicas –como sucede con el error de derecho– sino también sobre circunstancias fácticas.

Con relación a esto sería conveniente volver a lo que destacaba anteriormente el profesor Shünemann, de que en el sistema finalista el concepto de dolo es un concepto que está claramente delimitado del *objeto del conocimiento*, es decir, se precisa qué es lo que debe abarcar el conocimiento de un sujeto para poder afirmar la existencia del dolo, y lo mismo sucede con relación a la voluntad, la que puede manifestarse con distintas intencionalidades con respecto a ese objeto del conocimiento y que permita diferenciar los casos de dolo directo y dolo eventual. Pues bien, mientras que el párrafo primero del artículo 9º. del Código Penal Federal nos indica cuándo hay una conducta dolosa, destacando la presencia de un aspecto cognoscitivo y de un aspecto volitivo, así como los alcances del objeto del conocimiento, el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 nos dice cuándo no hay una conducta dolosa, destacando precisamente que no la hay cuando el sujeto actúa en situación de error respecto de alguno de los elementos que conforman ese objeto del conocimiento que se requiere para el dolo. Observamos, entonces, que hay una gran correspondencia entre esos contenidos, sobre todo por lo que hace al *conocimiento* y al *objeto del conocimiento*; este último, a diferencia del que se sostiene por la doctrina causalista, está integrado únicamente por los *elementos objetivos del tipo penal*, los que –según hemos dicho– pueden ser meramente 'descriptivos' o 'normativos', pero no comprende a la *conciencia de la antijuridicidad*. Ésta, por tanto, no forma parte del dolo, es decir, para afirmar la existencia de una conducta dolosa basta con que el sujeto tenga conocimiento actual de los elementos objetivos del tipo penal, pero no se requiere que también tenga conocimiento de que lo que hace es contrario al derecho. Para el sistema finalista de conciencia de la antijuridicidad es parte integrante de la culpabilidad y, por ello, constituye un requisito más para el juicio de reproche. De este contenido que se le da a la estructura del dolo y de esa ubicación sistemática que se le asigna a la conciencia de la antijuridicidad, se derivan consecuencias importantes para el tratamiento del error.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito del sistema causalista, de que todo el problema del error es tratado en el nivel de la culpabilidad, para el sistema finalista el error es un problema que se le trata en dos niveles de la estructura del delito: en el nivel del tipo y de la tipicidad –*error de tipo*– y en el de la culpabilidad –*error de prohibición*–, recayendo cada uno de ellos en objetos diferentes del conocimiento. Es esta, sin duda, la nomenclatura y el tratamiento que corresponde darle al error, tal como se encuentra regulado en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal Federal." *Op. cit.*, "La regulación del error..." pp. 77 – 92.

función que corresponde a las causas de justificación; la argumentación del injusto penal se alcanza mediante el disvalor de la acción y el disvalor del resultado; la culpabilidad por su parte, es incomprensible sin los fines preventivos del Derecho penal. Entre otras cosas que caracterizan al funcionalismo teleológico-racional, queda decir que el dominio del hecho es el único criterio aprobado para decidir en los casos de autoría y participación; se logra una renormativización de la acción y la omisión, de manera que lo que de verdad trasciende entre la actividad y la inactividad de una conducta es, sin duda, el *quebrantamiento del deber*, y no precisamente, el hacer u omitir de la acción.¹¹⁸

Cabe preguntarse si con ello el derecho penal busca más su legitimación que los fines para los que ha sido creado.¹¹⁹

¹¹⁸ Daza Gómez, Carlos, "El funcionalismo, hoy", *Op. cit.*, p. 140.

¹¹⁹ Couso ubica las teorías sobre la ubicación sistemática del error de prohibición de la siguiente manera: "En la doctrina se suele distinguir entre cuatro posturas básicas en esta materia.

a) La teoría extrema del dolo, vinculada a la dogmática casualista, que entendía el dolo como un elemento de la culpabilidad (una de las dos formas, la otra era la culpa o imprudencia), junto a la imputabilidad y la ausencia de causas de exculpación, postula que el conocimiento de la antijuridicidad es parte integrante del dolo, entendiéndolo como *dolos malus* (por oposición al *dolo natural* de la sistemática finalista), de modo que el error de prohibición, si es vencible, excluye el dolo, y convierte al hecho en imprudente (*imprudencia iuris*), y si es invencible, excluye por completo la culpabilidad. El tipo de conocimiento necesario para la antijuridicidad es el mismo que el necesario para los efectos del tipo objetivo.

Esta teoría también ha sido sostenida por algunos autores que adhieren a la sistemática finalista. Con lo cual se produce el efecto de que el error de prohibición invencible excluye el injusto.

b) La teoría limitada del dolo, para paliar en parte la radicalidad de la versión estricta de la misma teoría, rechaza la exclusión del dolo para el caso del error vencible de prohibición que ya aparece como una verdadera ceguera o indiferencia al Derecho.

c) La teoría extrema de la culpabilidad, vinculada al finalismo, que entiende el dolo como un elemento del tipo subjetivo, y como *dolo natural*, sustrae el conocimiento de la antijuridicidad del dolo para trasladarlo a la culpabilidad. De ese modo, el error de prohibición no excluye el dolo: si es vencible, sólo permite una atenuación de la pena correspondiente al delito doloso (obligatoria en el Derecho penal español Art. 14.3 del CP facultativa en el Derecho penal alemán); si es invencible, excluye la culpabilidad, por lo que el hecho sigue siendo doloso y antijurídico. El conocimiento necesario para la antijuridicidad, según esta teoría, no es igual al conocimiento de los elementos del tipo objetivo, sino que es un 'saber intelectual', que es un tipo de conocimiento psicológicamente distinto al de la percepción o representación actual y efectiva que exige respecto de los elementos del tipo objetivo.

d) La teoría limitada de la culpabilidad asume las mismas consecuencias que la versión extrema excepto para el caso del error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación, que trata como un error de tipo." Couso Salas, *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad, Historia, Teoría y Metodología*, Tirant lo Blanch, [col. Tirant Monografías, 398], Valencia, 2006, p. 508.

1.6. La presunción de que la 'Ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento'.

Es común que desde los primeros años de contacto con el mundo del Derecho se conozca el principio conocido como "la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento" existiendo algunas salvedades en la materia civil y todo un debate en la materia penal, pues una vez que se atiende a la existencia del error como un tema propio de la dogmática penal, poco pareciera quedar en la discusión y pudiera creerse que ese principio le es ajeno a la materia, sin embargo, existen, aun a principios del siglo XXI, legislaciones penales de países desarrollados donde este tema no ha quedado superado. Por tal motivo es necesario conocer las razones y los argumentos en que este viejo principio permanece.

Luis Jiménez de Asúa establece algunos antecedentes sobre el particular:

A punto de que se rompiera la tradición que antes hemos señalado algunos iusfilósofos reconocieron eficacia al desconocimiento de las leyes. Grocio dijo: 'Lo mismo que la ignorancia de la ley, si ella es inevitable, suprime la falta; igualmente también, cuando está unida a alguna negligencia, disminuye el delito'. Los filósofos de la Época de las Luces, en cambio, influidos por el antiescolasticismo, vuelven al Derecho romano y sólo conceden a la ignorancia de la ley poderío atenuante en ciertos casos. Así, por ejemplo, Pufendorf se lo otorgó en relación con ciertos sujetos, según la fórmula romana.

Sí venimos a más próximos tiempos podemos decir que, a menudo, los autores de Italia y Francia, donde impera el principio de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, se contentan simplemente con enunciarle, y como si fuera artículo de fe, extraen de él las inexorables consecuencias de que el error de derecho no puede ser alegado en materia penal. Así ocurre con

autores tales como Pessina, que si bien invocan opiniones ajenas, nada añaden, por su parte, al mero enunciado de la dicha presunción [...]

El argumento mejor de Dorado consiste en demostrar que no puede coexistir la 'imputabilidad' y la presunción de que la ley no se ignora: 'A nuestro entender — dice— no hay escape de este dilema: o se niega la base de la imputabilidad, base generalmente recibida como inconvencible, o se abandona la presunción ignorantia iuris non excusat.¹²⁰

Resulta interesante este último planteamiento pues destaca la imposibilidad de coexistencia entre la imputabilidad como elemento capaz de inferir en la capacidad del sujeto activo. Esa capacidad de querer o entender quedan sujetas a la presunción de que, forzosamente conoce el ámbito legal. Jiménez de Asúa continúa:

Poco difieren de las antiguas opiniones acabadas de ver, las que hoy presentan algunos penalistas contemporáneos. Así ocurre con Manfredo Pinto, que proclama la obligatoriedad de las leyes como 'principio de necesidad social'; con Altavilla, inexplicablemente terminante al afirmar que esa regla es una *praesumptio iure*, y con G. Battaglini que —a pesar de reconocer el error de aplicación de la ley, porque se resuelve en error de hecho— acepta, en cuanto a la ignorancia de la ley propiamente dicha, los argumentos de la *Relazione* al Proyecto del que se convirtió en el vigente Código y escribe, por su parte, que 'trayendo el principio su justificación de la existencia de no comprometer la eficacia de la ley penal, no pueden ser *consentidas* derogaciones. Ninguna contingencia particular —de personas, de tiempo o de ambiente— puede ser tomada en consideración' [...]

Es digno de especial consideración el criterio de Guillermo Sabatini. Tentados estarán los que lean el párrafo postrero consagrado al error en su obra *Principios de la ciencia del Derecho penal*, a catalogarle en este grupo, puesto que dice que el error en el entender de la ley misma, no sólo sobre la existencia, sino la exacta interpretación y actuación de ésta y la segura opinión no pretextada, sino

¹²⁰ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 376.

positivamente justificada, de observarla, vicia la voluntad y la espontaneidad psíquica, y por consecuencia, al contrario de la *ignorancia*, puede influir sobre la imputabilidad y es penalmente apreciable'.¹²¹

La permanencia de este principio no obedece a criterios obsoletos, por el contrario, resulta claro precisar que todo país que se precie de ser desarrollado implica que tiene una población con una cultura cívica avanzada dentro de la que se entiende el amplio conocimiento de las leyes del país. De tal suerte que no puede eximirse a quien desconoce la ley, pues eso no implica una falta del Estado por divulgar las leyes vigentes sino un desprecio del particular por interesarse en las leyes que rigen dentro de la sociedad en que vive. Por tal motivo es que líneas arriba observamos cómo, en algunas disposiciones penales se le permitía a un sujeto, ajeno al lugar, un número determinado de días para que la ley tuviera efectos, aun si sus actos estaban viciados por el desconocimiento. En ese sentido Jiménez de Asúa establece la distinción que encuentra inserta en el concepto en estudio:

obsérvese que Sabatini distingue el error de derecho y la ignorancia de la ley, dando a aquél un sentido peculiar y que, con respecto a esta última, ha dicho, dos páginas antes: 'Nuestra doctrina... es que el conocimiento o la ignorancia de la ley penal aparece irrelevante a los fines de la imputabilidad, y de aquí se concluye exactamente que la prueba de la ignorancia no excusa, fuera de todo presupuesto empírico de conciencia. La valuación del delito está toda en el hecho atribuido al autor. Y si este hecho está previsto o penado por la ley, la pena está justificada no por el conocimiento de que una ley lo prevé como tal, sino por haberlo cometido. La ley, obligando a la observancia de sus normas, obliga a las consecuencias de las violaciones a quien no la haya respetado. Por ende, la coincidencia entre la norma penal y el hecho, trae la necesidad de aplicar aquélla a éste, en cuanto recorramos todos los extremos subjetivos y objetivos que

¹²¹ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 377.

constituyen el delito, prescindiendo siempre de cualesquiera presunción o ficción de conciencia.

Si consideramos, en conjunto, lo expuesto por Guillermo Sabatini y, sobre todo, si pensamos en su concepción personal del error de derecho, es evidente que su parecer forma parte de las doctrinas de aquellos escritores que niegan efectos penales a la ignorancia de la ley.¹²²

En atención a estos argumentos observamos que en el Código Penal italiano se hace mención del principio de que la ignorancia no exime del cumplimiento de la ley, sin que ello excluya el tratamiento del error. Luego, regresando a los conceptos iniciales resulta procedente preguntarnos: ¿realmente es lo mismo ignorancia que error?

Más allá de esta pregunta también debemos señalar, a reserva de tratar este problema más adelante, que una forma en que el Estado induce al error a sus gobernados es precisamente con la atomización de las leyes, en especial las relativas a la materia penal, pues más fácil que una persona sea ajena a treinta y tres códigos penales (treinta y dos por cada entidad federativa y uno federal) aparte del de justicia militar y los delitos encontrados en leyes especiales, a que se pueda abstraer de un solo código punitivo.

Hemos partido en su momento de que el principio en estudio ha de seguirse en países desarrollados, tal como los Estados Unidos de América, donde, independientemente de la acre crítica que reciben sus doctrinarios por parte de Luis Jiménez de Asúa, debemos destacar que una de las defensas penales más utilizadas se refieren a la figura denominada *mistake*, cuya pretensión se acerca al error en las formas en que se conoce dentro de la familia romano germánica, en sus distintas

¹²² *Ídem.*

especies, por ejemplo: error de hecho; o bien se trata la objeción de conciencia, la cual es una especie próxima al error de prohibición. Jiménez de Asúa señala:

No puede extrañarnos que en Norteamérica, donde el Derecho no ha alcanzado la más incipiente talla científica, defienda Wharton la vieja Máxima de que la ignorancia de la ley no disculpa: 'Si la ignorancia de una ley fuera medio de defender la violación de esa ley, no habría ley de la cual un villano no fuese escrupulosamente ignorante. El más brutal llegaría a ser, en este caso, el hombre más irresponsable a los ojos de la ley, y el de peor clase de la sociedad sería el más privilegiado' (*Criminal Law*, vol. I, pág. 134). Sin embargo, May, más inteligentemente confiesa que 'no es clara la frontera entre ley y hecho' y a pesar de creer que el principio de que aquélla es conocida se precisa para la buena administración de justicia, no deja de admitir excepciones, a las que luego nos referiremos (*Law of Crimes*, págs. 62 y sigs.), y que también admite Miller (*Handbook*, pags. 152-155).

Aunque Jerome Hall, con su habitual jactancia y sus infundadas pretensiones de originalidad, crea que son propias las soluciones que ofrece, sus teorías no varían, en lo sustancial, de las hasta ahora expuestas. El profesor de la Universidad de Indiana trata primero de los fundamentos racionales de la *ignorantia iuris* y después, mirando a la *mens rea*, de la ética objetiva del Derecho penal.¹²³

Dentro de la bipartición que hace el derecho anglosajón del delito: *mens rea* y *actus reus*, habremos de referirnos al primero de estos elementos toda vez que se refiere en específico a la mente culpable en la que se encuentra en potencia la aparición del fenómeno de ignorancia o error en que pudiera encontrarse el sujeto activo. Como lo señalamos líneas arriba al referirnos al concepto que encontramos en la legislación canadiense, con la que guarda íntima relación habida cuenta la familia jurídica a la que nos referimos, el error puede constituir una defensa y, aunque no se

¹²³ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 382.

admite en esos términos, la ignorancia puede contenerse dentro de dicha forma de establecer la ausencia del delito.

La sola consideración de ser un país desarrollado de ninguna manera justifica el principio en estudio, pues es notable que el progreso, hasta el momento no es sinónimo de igualdad de condiciones en dentro de una un grupo social determinado entre el que podemos encontrar sin problemas, a mucha gente ignorante del derecho que regula a la sociedad en la que se desenvuelve.

Sin embargo, antes de considerar que pueda actualizarse alguna hipótesis relativa al error debe establecerse el grado de conocimiento con el que el sujeto activo ha desplegado una conducta sometida a examen a la luz de estos principios que hemos abordado. Esto es, como premisa necesaria debemos partir del estudio sobre la voluntad con la que se dirige una conducta así como el conocimiento con el que se ha actuado. Claus Roxin establece el punto en el que se encuentra la dogmática penal actual cuando establece:

En el Derecho penal puede distinguirse entre cuatro tipos de error según el objeto jurídicamente relevante el cual se refieren: el error de tipo, el error de prohibición, el error sobre circunstancias justificantes y el error sobre circunstancias excluyentes de la culpabilidad.

Se presenta un error de tipo cuando el autor se equivoca sobre una circunstancia que sea necesaria para completar el tipo legal. Así, el tipo de homicidio exige que se mate dolosamente a una persona. Cuando el autor, en el campo, mata a balazos a una persona que no reconoce como persona, sino que ha tenido por un espantapájaros, entonces se encuentra en un error de tipo. O, para dar un segundo ejemplo: el tipo de hurto presupone la sustracción de una cosa ajena. Una cosa es ajena cuando se encuentra en propiedad (o copropiedad) de otro. Cuando el autor, al sustraer una cosa ajena, cree que ella

le pertenece (o sea que sería de su propiedad), cae nuevamente en un error de tipo.

Por el contrario se da un error de prohibición cuando el autor, al conocer todas las circunstancias que completan en su totalidad el tipo legal, no extrae sin embargo de ellas la conclusión referida a una prohibición legal sino cree que su conducta está permitida. P. ej. Alguien sabe que comete un aborto pero cree que esto no estaría prohibido. O: en Alemania son punibles los juegos de azar sin una autorización de la autoridad; luego, actúa bajo un error de prohibición quien organiza tal juego de azar sin tener autorización creyendo que ella no sería necesaria.

La tercera representación errónea posible es el error sobre circunstancias justificantes. El caso más importante en la práctica de este tipo es la legítima defensa putativa, es decir la suposición errónea de hechos que justificarían una conducta emprendida como legítima defensa. Así, en el caso de aquél que derriba a otro a golpes porque éste saca repentinamente una pistola; pero el primero comete esta lesión corporal porque cree erróneamente que el otro estaba a punto de dispararle. Si esta representación fuera correcta, los golpes estarían justificados por la legítima defensa. Pero también existe una legítima defensa putativa cuando alguien para defenderse de un ataque considera necesario realizar un tipo, cuando en realidad esto no era necesario: p. ej. Alguien se anticipa con un disparo a otro que quería dispararle, pero no reconoce que hubiera podido quitarle sin problemas la pistola de la mano y repeler así el ataque sin dañar al atacante.

Finalmente, un segundo tipo de error es el error sobre circunstancias exculpantes. Un estado de necesidad exculpante se presenta p. ej. Cuando alguien se salva de un peligro grave a costa de otro, de un tercero que no participa en los hechos. Así, si alguien, en el tráfico rodado, atropella a un peatón porque solamente de esa manera puede escapar a un accidente grave. No es conforme a ley dañar por este motivo a un tercero no participante de los hechos, pero el legislador alemán exculpa esta conducta considerando el superpoderoso instinto de autoprotección del ser humano. En el supuesto de que aquél que

atropelló al peatón solamente se haya imaginado un peligro en su contra, tenemos un error sobre circunstancias exculpantes.¹²⁴

Estas interesantes tesis sostenidas por el jurista alemán, establecen el punto de partida y la frontera del conocimiento sobre la materia, debido a lo cual, la propuesta de esta tesis de orientarse hacia una teoría del error no tiene como propósito hacer una nueva teoría sobre la materia, sino dirigir los esfuerzos académicos, judiciales y de investigación hacia estas corrientes del pensamiento que hacen del derecho penal una materia viva y consciente en la que existe la posibilidad del error como excluyente de sanción, derivada de la falsa o nula representación de la realidad.

¹²⁴ Roxin, Claus, *Problemas actuales de Dogmática Penal*, Ara editores, (trad. Manuel Abanto Vázquez) (col. Derecho Penal Contemporáneo), Perú, 2004, p. 119 -120.

Siguiendo a su maestro, Díaz Aranda encuentra y sostiene tres tipos de error: el de tipo, el que versa sobre las causas de justificación y el de prohibición.

Capítulo II

El conocimiento previo al delito

(Tipo, dolo y conciencia de antijuridicidad)

2.1. El conocimiento previo al delito.

(Conciencia de antijuridicidad y dolo).

Sumario

2.1. EL CONOCIMIENTO PREVIO AL DELITO. 2.2. TEORÍA DE LA LEY PENAL 2.2.1. LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL. 2.2.2. TEORÍA DEL DELITO 2.3. ELEMENTOS DEL DELITO. 2.3.1. UBICACIÓN SISTEMÁTICA. 2.3.1.1. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DELITO SEGÚN DAZA GÓMEZ. 2.3.1.2. UBICACIÓN SISTEMÁTICA SEGÚN DÍAZ ARANDA. 2.3.2. TIPO Y TIPICIDAD. 2.3.3. ELEMENTOS DEL TIPO. 2.3.3.1. SUJETO ACTIVO. 2.3.3.2. SUJETO PASIVO. 2.3.3.3. ACCIÓN DENTRO DEL TIPO. 2.3.3.4. BIEN JURÍDICO. 2.3.3.5. ELEMENTOS NORMATIVOS. 2.3.3.6. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO. 2.3.3.7. MEDIOS COMISIVOS. 2.3.3.8. CIRCUNSTANCIAS DE MODO, TIEMPO O LUGAR. 2.3.3.9. DOLO COMO ELEMENTO DEL TIPO. 2.3.3.9.1. CLASES DE DOLO. 2.4. ATIPICIDAD. 2.5. TIPO DEL ERROR Y TIPO SISTEMÁTICO. 2.6. EL TIPO PENAL DE LOS DELITOS CULPOSOS. 2.7. LA CULPABILIDAD. 2.7.1. NUESTRA POSICIÓN. 2.8. LA RELEVANCIA DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA PENA.

El error es a veces más generador de acción que la verdad.
Gustavo Le Bon
(Psicólogo francés 1841-1931)

El grado de conocimiento sobre la ilicitud penal permite establecer si el sujeto activo satisface los requisitos necesarios para arribar a sus consecuencias jurídicas. Esta circunstancia que abarca instrucción, educación, medios de información asequibles al sujeto, orientación educativa, etcétera, y que pocas veces se estudia al momento de determinar una pena o sanción, es la que puede auxiliar para determinar el grado de resolución (dolo) con el que se ha determinado un sujeto, o bien la conciencia (antijuridicidad) con la que ha llevado a cabo el ilícito penal.

En ese tenor de ideas podemos columbrar que: el sujeto obra bajo un estado que le impide darse cuenta de la ilicitud del hecho, esto es, que aun cuando se da la conducta, ésta no se encuentra encaminada a cumplir con los elementos que el tipo

penal requiere; o bien, que estando consciente de la conducta que despliega, desconoce que la misma está prohibida¹²⁵ o; el sujeto, consciente de su conducta, considera que la misma está justificada.

Por tanto, un requisito previo sobre el error debe comprender el grado de conciencia con el que se realiza un acto sancionado por la ley penal. Atender a su naturaleza debe ser un principio cuya observancia erradique juicios sin sentido y cargas innecesarias para el aparato de justicia del Estado.

Muñoz Conde escribe: "El postulado de que el conocimiento de la ilicitud o antijuridicidad del hecho es imprescindible y, al mismo tiempo, presupuesto de la imposición de la pena"¹²⁶, por lo que un Estado que, a través de su actividad legislativa complica la posibilidad de que cada ciudadano conozca la ley y el alcance de la misma no puede exigir la observancia de la misma.

En ese orden de ideas resulta necesario estudiar el contenido de la ley penal y su estructura así como el tipo penal en concreto.

¹²⁵ Debemos aclarar una cuestión de manera previa. Un Código Penal, de manera genérica, no prohíbe, más bien sanciona a aquél que se ubica en las hipótesis normativas planteadas.

¹²⁶ Muñoz Conde, Francisco, *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 22.

2.2. Teoría de la ley penal.

La creación de tipos delictivos no puede ser una actividad que se someta al capricho temporal de una sociedad determinada. Consideramos por tanto necesario asistir a un somero estudio de creación de la ley penal para arribar a la conclusión de que la ley penal no debe ser tan relativa para fragmentarse de un punto geográfico a otro. Sin pretender obtener la ley absoluta, debemos aspirar a la creación de la ley más eficaz y amplia, lo que implica que ésta sea conocida por los gobernados de un Estado en particular. Von Liszt destacó este aspecto desde el comienzo de su *Tratado de Derecho Penal* y al respecto podemos leer:

El crimen como hecho perteneciente al Derecho Penal, constituye una subespecie particular de lo injusto (del delito); es decir, la acción culpable e ilegal.

Y la pena, como legítima consecuencia propia del Derecho, se distingue de las otras consecuencias legítimas de lo injusto en que representa una peculiar intromisión del Estado contra el culpable en sus bienes jurídicos.

El crimen y la pena, son, pues, las dos ideas fundamentales del Derecho Penal. De ahí resulta que el objeto inmediato de la ciencia del Derecho Penal, es formular, desde un aspecto técnico-jurídico, y basándose en la legislación, los delitos y las penas como generalizaciones ideales; desarrollar las prescripciones particulares de la ley, elevándose hasta las ideas fundamentales y los últimos principios para formar un sistema cerrado [...]

Como ciencia eminentemente práctica que trabaja continuamente para satisfacer las necesidades de la administración de justicia, creando siempre nuevos frutos, la Ciencia del Derecho es y debe ser una ciencia propiamente

sistemática; pues solamente la ordenación de conocimientos, en forma de sistema, garantiza aquel dominio seguro y diligente sobre todas las particularidades, sin el que la aplicación del Derecho, entregada al arbitrio o al azar, no pasaría de ser un eterno diletantismo.¹²⁷

Es necesario no sólo desentrañar el concepto del Derecho Penal, sino los fines por los cuales éste contempla diversas figuras típicas. El intrincado camino del Derecho Penal, su materialización en nuestras leyes y su carácter sancionatorio, cobran sustento al observar que en su devenir está inmerso el pensamiento de quienes lo han ido construyendo.

A través del tiempo se ha querido vislumbrar no sólo su naturaleza, sino la trascendencia que tiene dentro de la sociedad, pues no es sino cuando existe un claro cumplimiento a la ley, instituciones y leyes justas, que un Estado puede cumplir con sus demás objetivos. Francesco Antolisei señala: "el hecho que queda prohibido por el Estado con la amenaza de la pena se llama delito (crimen) que, por lo tanto, no es otra cosa que el comportamiento humano en desacuerdo con los preceptos de la ley penal."¹²⁸ Este desacuerdo debe tener un conocimiento sobre lo que se rechaza. La ley en particular no como una exigencia sino como un postulado formulado *ex ante* y que es reconocido por la sociedad. Polaino Navarrete nos introduce al tema de la siguiente manera: "El Derecho Penal, como todo ordenamiento jurídico, aspira a la consecución de determinados fines. Es, por tanto, un ordenamiento finalista, teleológico. Las normas penales no existen por capricho, por azar, *ni porque sí*, sino porque existen *por algo*, o mejor, *para algo*, el Derecho Penal al seleccionar determinadas conductas humanas

¹²⁷ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 4ª ed., Editorial Reus (traducida de la 18ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa), Madrid, 1999, pp. 5-6.

¹²⁸ Antolisei, Francisco, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Temis, Bogotá, 1988, p. 1.

(constitutivas de delitos) se orienta a la satisfacción de exigencias de justicia: el derecho sirve a la justicia, y en esta dirección teleológica alcanza su última y definitiva justificación. La justicia es, pues, un valor característico del derecho, legitimador de la norma, que permite diferenciar lo jurídicamente valioso (lo justo) de lo jurídicamente disvalioso (lo injusto).¹²⁹ Columbramos una estrecha relación entre esta idea y lo que señalaba el maestro Porte Petit: el Derecho Penal es, entre otras cosas, un derecho de carácter público, valorativo y finalista.¹³⁰ Rafael Márquez Piñero, en su artículo relativo a la base filosófica del Derecho Penal, señala lo siguiente:

Existe un cierto sector que, aún admitiendo que el tema del Derecho Penal tiene una base filosófica, intenta privilegiar el contenido de Derecho público *stricto sensu*, para justificar la elusión de lo filosófico en el *ius puniendi*. Entre ellos se encuentran los técnicos puros, de considerable aceptación en el ámbito italiano, y cuyas consecuencias hubo que lamentar en la legislación de Italia.

La propia evolución del concepto de filosofía constituye otro dato más que añadir al problema. Así, la filosofía constituye un «saber del saber», ciencia del saber científico, conocimiento de los supuestos del conocimiento, problema total del Universo, «problema de lo absoluto y absoluto problema», «apetito de integridad». En definitiva, siguiendo la expresión de Ortega y Gasset, «ciencia universal y absoluta». Se sitúa, por consiguiente, en íntima conexión con las ciencias, pero no es sólo «filosofía o teoría de la ciencia», ni mucho menos es «sólo ciencia».¹³¹

¹²⁹ Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4ª. edición, totalmente renovada y actualizada, Bosch, Barcelona, 2001, p. 188.

¹³⁰ Cfr. Porte Petit, Celestino, *Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal*, 18ª. ed., Porrúa, México, 1999, p. 21.

¹³¹ Legaz Lecambra, *Filosofía del Derecho*, citado por Márquez Piñero en "La fundamentación Básica del Derecho Penal", *Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit*, INACIPE, México, 2000, p. 378.

La historia del Derecho Penal, no se puede contar por separado de la Historia en general, sin embargo, al respecto podemos establecer que la rama penal le ha proporcionado al Derecho en general rasgos determinantes, de modo tal que, cuando citamos leyes antiguas, nos podemos remitir al tipo de penas imperantes en el devenir de las distintas sociedades que han poblado el planeta, piénsese en el *Código de Manú*, en el *Código de Hammurabi*, en las leyes mosaicas, etc., en todas nos encontraremos con sanciones impuestas por un gobierno en distintos momentos. El Derecho Penal, es pues, un producto histórico, acendrado por tratadistas que lo han estudiado a fondo.

Este conocimiento creado por el pensamiento humano ha tomado en cuenta para su creación, el rechazo con el que una sociedad sanciona una conducta que le arremete. Es temporal y en algunos casos trascendente. Márquez Piñero afirma:

'Esto es así, pues cual sea el verdadero contenido del Derecho dependerá de lo que el Derecho en realidad sea (y así, según lo que el Derecho sea, la misión de la ciencia jurídica será el conocimiento de las normas o de los efectivos comportamientos de conducta, etc.) En todo caso, la ciencia jurídica siempre puede contar con un objeto de experiencia, ya que la legislación positiva constituye un hecho real.

En realidad, lo anteriormente dicho no constituye más que una consecuencia del proceso de esta caracterización científica de la filosofía (que tiene sus raíces, cuando menos en el pensamiento de Aristóteles), y que aparece en el

pensamiento moderno como un sustitutivo de la venerable y antigua ciencia del derecho natural.¹³²

Así, Maurach refiere que el Derecho Penal ha pasado por diversas etapas, las cuales pueden ser estudiadas a la luz de los fines que ha perseguido a través de la imposición de penas. Y al efecto hace un análisis del Derecho de la ilustración, el de la burguesía y el de las escuelas donde se discute entre la prevención y la retribución como fines de la pena.¹³³ Señala Márquez Piñero:

No obstante, es a partir de la escuela histórica, cuando el pensamiento jurídico realiza un acucioso intento de demostrar que solamente del derecho positivo es posible edificar una nueva ciencia, ya que únicamente el *jus positivo* tiene entidad ontológica jurídica, aunque ello no sea para olvidar que la ciencia del Derecho comenzó a gestarse, cuando menos, desde los glosadores. Lo que sí cabe reconocer es que el positivismo, en su primera fase, metodológicamente hablando refleja el proceso de neutralización e independencia del conocimiento científico (finales del siglo XVII y principios del XVIII).¹³⁴

Ese pensamiento filosófico se traduce en los llamados sistemas penales, los cuales serán señalados por Díaz Aranda de la siguiente manera:

Desde la perspectiva doctrinal, los sistemas penales son estructuras lógicas sustentadas en presupuestos filosófico-dogmáticos que sirven para analizar conductas que lesionan bienes jurídicos fundamentales con el fin de determinar si son o no constitutivas de delito. Por ello se deben distinguir dos aspectos fundamentales de los sistemas: uno es el sistema como estructura del análisis y el otro es el sustento filosófico teórico en el que sustenta su desarrollo.

¹³² Márquez Piñero en "La fundamentación Básica del Derecho Penal", *Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit*, INACIPE, México, 2000, p. 380.

¹³³ Cfr. Zipf-Gössel-Maurach Reishart, *Derecho Penal, Parte General*, (traducción de la 7.ª ed., Alemana, por Jorge Bofill y Enrique Aimone), Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 89 - 119.

¹³⁴ Márquez Piñero *Op. cit.*, pp. 381 - 382.

Como estructura de análisis, desde finales del siglo XIX se convino en una estructura de tres categorías o escalones: conducta típica, antijurídica y culpable. Dicha estructura tripartita ha permanecido hasta nuestros días y la evolución de los sistemas (clásico, neoclásico, final de acción y funcional) se ha reflejado en la modificación del contenido de cada categoría. Por ejemplo, el tipo del sistema clásico. Se conformaba exclusivamente con el tipo objetivo, mientras que en el sistema final de acción el tipo requiere del tipo objetivo y del tipo subjetivo (dolo o culpa) y en el sistema funcional el tipo requiere del tipo objetivo delimitado con los criterios de imputación al tipo subjetivo.

De mayor importancia es el cambio de los fundamentos político criminales, filosóficos y dogmáticos en cada sistema.¹³⁵ Así por ejemplo, para los sistemas clásico y neoclásico un resultado solo era atribuible a una conducta cuando se podría demostrar científicamente el nexo causal; empero con la nueva teoría de la imputación al tipo objetivo del sistema funcionalista se puede atribuir un resultado a una conducta sin demostrar plenamente la causalidad¹³⁶ o, por el contrario, se puede excluir la imputación de un resultado causado por una conducta cuando la acción se ha realizado conforme a lo preceptuado por la norma y entra dentro del riesgo permitido.^{137 - 138}

Entre la estructura y el pensamiento filosófico que la sustenta, pueden concurrir elementos pragmáticos que impiden aplicar con la misma efectividad científica un sistema penal en cualquier lugar del orbe. Uno de ellos, por mencionar un ejemplo es la conciencia de la ilicitud y el grado de cultura para quien va dirigida la norma.

¹³⁵ Sobre este problema cfr. Roxin, Claus, *Política Criminal y estructura del delito (elementos del delito sobre la base de la política criminal)* traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malarée, Barcelona PPU, 1992, pp. 35-63.

¹³⁶ Cfr. Frisch, Wolfgang, *Tipo Penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, pp. 23-34 (citado por Díaz Aranda en *Problemas Fundamentales de la Política Criminal y Derecho Penal*, México, UNAM).

¹³⁷ Cfr. Roxin, Claus, *Op. cit.*, Nota 1, pp. 52-53.

¹³⁸ Díaz Aranda, Enrique *et al.*, *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, 1ª. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, pp. 13-21.

El propio Welzel enfatizó, en 1930, la importancia de la metodología en la dogmática jurídico-penal y la trascendencia de la Filosofía para el Derecho Penal. Así: empieza por afirmar que el análisis del objeto del Derecho Penal viene presidido por exigencias metodológicas, y no al revés. Welzel dice: "la acción humana es ejercicio de actividad final. La actividad final es, por tanto, un acontecer «final» y no solamente «causal». La finalidad, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta."¹³⁹

Márquez Piñero comenta: Más concretamente significa que el análisis welzeliano de la acción (como objeto del Derecho Penal) fue consecuencia del punto de partida metódico. En opinión de Mir Puig, la acción final no es, contra lo que pudiera pensarse, la base última de la doctrina de Welzel: no es más que una de las consecuencias de su metodología ontologista en la dogmática jurídico-penal.

Y en la misma línea de pensamiento, el maestro de la Universidad de Barcelona indica que el propio planteamiento metodológico se refleja en una concepción *iustafilosófica* que pretende superar el positivismo jurídico. *Ítem* más: la doctrina final de la acción no es la única manifestación de la metodología finalista.¹⁴⁰

En resumen: Welzel entiende que las categorías *a priori* no son subjetivas, en el sentido de que puedan variar en cada hombre, sino objetivas para toda mente inteligente. Y en lo tocante al tipo penal, Márquez Piñero explica:

¹³⁹ Welzel, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (traducción de José Cerezo Mir), Editorial B d F, Buenos Aires, 2001, p. 41.

¹⁴⁰ Cfr. Márquez Piñero, *Op. cit.*, "La fundamentación Básica del Derecho Penal..." p. 392.

Los tipos solamente pueden «reflejar» este sustrato material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los «reflejos» lingüísticos y conceptuales únicamente puede destacarse mediante una comprensión aguda de la estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo. Así se infiere, metodológicamente hablando, que la ciencia jurídico-penal tiene su punto de partida en el tipo, pero también ha de trascender al propio tipo y descender al ámbito ontológico, previamente dado, para entender bien el contenido de las definiciones.¹⁴¹

El legislador tiene libertad para elegir las conductas punibles, pero no en lo relativo a la estructura final de la acción, ni sobre la autodeterminación del ser humano. Esto es, su trabajo queda delimitado por la actualización de las hipótesis normativas a las que les atribuye una determinada sanción.

Jiménez Huerta establece: "la idea de delito nace unida a la de Estado y aparece influida por las concepciones en éste imperante, hasta el extremo de que bien puede afirmarse que la historia del concepto de delito marcha al unísono de la del concepto de Estado y que ambos se nutren de las mismas esencias en sus rutas históricas."¹⁴²

Sin mayor pretensión, sólo debemos precisar que hay que interpretar al Estado, como esa entidad nacida de la organización de la sociedad, con un gobierno y con sus propias leyes, una organización primitiva y no como el Estado moderno y estructurado que conocemos, nacido en 1648, luego de la Paz de Westfalia. Esto es, cuando el Estado aparece, surge también el conjunto de medios para su control y permanencia, pero, en este caso sólo se busca el castigo contra actos cometidos en agravio de la

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 395.

¹⁴² Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, 6ª. ed., Porrúa, México, 2000, tomo I, p. 12.

organización social. Maggiore agrega: "Con todo, la teoría del Estado de hecho no destruye la del Estado de Derecho: sólo la integra y la corrige."¹⁴³

Maggiore aborda el origen y el fundamento del Derecho Penal comenzando por sus características. Es el Estado el origen de éste y luego las leyes en las que traduce sus mandamientos, respetando la moral existente en un tiempo y un lugar determinado, sobre esas bases se diferenciará del Derecho privado y quedará inscrito con su cariz principal, su carácter sancionatorio, en el ámbito público.

En la búsqueda del fundamento del Derecho Penal nos encontramos con el aparato gubernamental, sea el que fuere: república, dictadura, etcétera, en todos habrá un Derecho público dedicado a sancionar las conductas que el Estado considere contravienen a su desarrollo y organización. Ahí encontramos la posibilidad de creaciones legislativas injustas. Recalca Maggiore: "El estado debe tener un límite para sancionar."¹⁴⁴

El Derecho Penal tiene su fundamento filosófico inmerso en su propia historia, podemos hablar de sus fundamentos y estaremos frente a los sistemas de donde ha derivado el pensamiento de diversos e ilustres penalistas. Pero contrario a lo señalado por Piñero, consideramos que su máximo reflejo del Derecho Penal está en la materialización de éste y no en el tipo. El tipo es la idea configurada de una conducta y la previsión de una sanción, pero no implica su plena realización, el Derecho Penal no cobra vida con la creación del tipo, sino en la posibilidad de adecuarse al mismo y obtener, potencialmente, la sanción establecida.

¹⁴³ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, Vol. I, *El Delito*, 2ª reimpresión de la 2ª ed., Temis, Bogotá, 2000, p. 14.

¹⁴⁴ *Ídem*.

Podemos establecer desde este momento que no hay mejor sistema que aquel que puede llevarse a la realidad. Que pueda concretarse y, en su concreción se acerque a los fines generales del Derecho. Pero para que pueda instrumentarse este sistema debe existir un fundamento político que lo permita, cuestión que abordaremos líneas abajo.

El Estado, por tanto no puede, ni debe ser el factor que desencadene la ignorancia de sus gobernados por la duplicidad, multiplicidad o ambigüedad de sus ordenamientos.

2.2.1. Legitimidad del Derecho Penal.

Esa potestad del Estado para imponer penas y establecer delitos debe tener una limitante, ya lo observábamos con Maggiore, quien aborda ampliamente el tema en el primer volumen de su tratado de Derecho Penal. José Joaquín Urbano Martínez, aborda el tema y expresa:

El Derecho Penal puede entenderse como un sentido de expresión del poder político ligado a la configuración de delitos y penas; como normativa a través de la cual se cumple ese proceso de configuración y como ámbito de saber referido a ese poder y a las normas por medio de las cuales se ejerce. Como se sabe, cuando se hace referencia al primer sentido se habla de Derecho Penal objetivo y en el tercer sentido se habla de dogmática penal.

Pero sea que se asuma como poder punitivo, como Derecho positivo o como dogmática, lo cierto es que el Derecho Penal siempre ha estado urgido de una justificación que permita aprehenderlo como un instrumento político y jurídico racional y no como un simple y desnudo acto de poder; de un esfuerzo de racionalización que permita que, no obstante sus niveles de violencia, su despliegue cuente con el asentamiento, con la aceptación de los gobernados. Es decir, el Derecho Penal, en cualquiera de sus sentidos de expresión, siempre ha estado en la necesidad de legitimarse, de lograr el consentimiento social, de anclarse en unos principios que lo doten de credibilidad, de lograr el reconocimiento y aceptación del entramado social.¹⁴⁵

El Derecho Penal se traduce en actos públicos de poder: la creación de tipos penales, la persecución de los mismos, la imposición de una pena, todo ello es expresión de un poder político vigente, el cual, para cumplir con sus fines, debe estar legitimado. El pueblo elige a sus gobernantes para que ellos administren y coordinen los esfuerzos de la sociedad para que ésta cumpla sus objetivos, para que ésta se desarrolle. Ello permite al poder político la creación de normas que rijan la convivencia, ahí radica su legitimidad, pero no significa que tenga facultades para rebasarse a sí mismo como aparato gubernamental y crear normas contra la cultura de un pueblo o inventar normas sin fundamento cultural. La creación de un tipo penal debe observarse con más seriedad de la que se le ha dado en los últimos tiempos donde se crean y se derogan leyes a capricho del gobierno en turno. Un tipo penal debe trascender a estos movimientos políticos.

Los esfuerzos de una legitimación del Derecho Penal nos pueden llevar a discutir sobre la idea de que dicha legitimación se logra cuando la norma creada es válida, sin

¹⁴⁵ Urbano Martínez, José Joaquín, *La legitimidad del Derecho Penal, equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, p. 43.

embargo, esta discusión rebasa los objetivos tanto del presente capítulo como de la tesis que al efecto sostenemos. Pero queremos sostener que la legitimidad de un Derecho penal se atomiza cuando éste se formula de tal modo que el gobernado no puede conocer la norma que potencialmente puede transgredir.

El Derecho Penal objetivo, además de ser legítimo, debe ser congruente con los fines para los cuales se instituye en un tiempo y lugar determinado. Debe, por tanto responder a los fines para los que se ha creado y, en ese tenor justificar las consecuencias que le atribuye a las conductas antisociales que le interesan, en un primer momento al legislador, luego, al juzgador y, más tarde al órgano encargado de ejecutar la sanción impuesta.

El penalista catalán Mir Puig señala: "Cada uno de los modelos de Estado que rápidamente se han examinado, han supuesto una peculiar fundamentación del Derecho Penal, y como consecuencia, determinadas posibilidades de concebir la función de la pena lo que es confirmación de que la función de la pena depende de la función que se atribuye al Estado."¹⁴⁶

A partir de este pensamiento explica la función de la pena dentro de las diversas clases de Estado que puede encontrar, luego, apreciamos a la pena como una consecuencia que define al delito, pero también como un cariz o facultad del Estado que la implanta. Más allá de este pensamiento creemos que la función de la pena puede verse en abstracto por sus fines. Esto es, el Estado también puede ser definido por los fines que persigue al crear las penas que aplicará. Explica Mir Puig:

¹⁴⁶ Mir Puig, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 25.

Bajo la vigencia del Derecho Penal liberal se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un 'daño social'. Éste fue el planteamiento de la ilustración que sirvió de base a la obra que inicia el Derecho Penal contemporáneo y originó una importante línea de pensamiento a lo largo del Derecho Penal clásico. Pero tanta o, acaso, mayor importancia tuvo en éste la concepción retributiva de la pena. Precisamente fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, quienes quizá de la forma más pura y extrema defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia. Aunque sus formulaciones difieren tanto como sus sistemas filosóficos, ambos pensadores limitan la función de la pena a la pura realización de la justicia con base en su concepción liberal del mundo.¹⁴⁷

Una vez abandonado el planteamiento idealista del retribucionismo liberal, quedaría en pie la posibilidad de trazar un límite a la pena que impidiese castigar al delincuente más allá de la gravedad del hecho cometido. Ahora bien, como se verá, tal límite de garantía para el individuo también puede exigirse sin necesidad de renunciar a la función de prevención de la pena.

En el otro extremo nos encontramos con el Estado intervencionista en el que la colectividad sobrepasa al interés particular como fin de esa organización y en el que Mir Puig explica: "Si el Derecho Penal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del hombre empírico o

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 26.

del hombre ideal, el Derecho Penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención."¹⁴⁸

Nuestra opinión se vierte en un sentido lato: la pena también tendrá como fin el control social, si se logra retribuir, resulta un éxito; si se logra prevenir, entonces el sistema es perfecto. Pero antes, deberá servir para controlar a la generalidad, es por ello que el establecimiento de penas no siempre se realiza pensando en el colectivo, sino en el Estado gobernante. El estudio de la pena y del delito nos llevarán a la conclusión si acaso estos se han inventado bajo el pretexto de la protección y si en realidad persiguen castigar conductas adversas a un gobierno determinado.

Los delitos y las penas deben seguir un patrón cultural, deben tener un fundamento para existir y deben existir de manera sistemática. No deben crearse o inventarse delitos como si no existiesen ya. Debemos tender a unificar la aplicación de las leyes penales a espacios cada vez más amplios, pues la diversidad de cuerpos normativos para una misma conducta nos pueden llevar a la peor de sus consecuencias: la impunidad.

La creación de nuevos tipos delictivos nos obligan a dos cuestiones primarias: el estudio del problema criminal que deberá enfrentarse con nuevos tipos penales y el estudio o interpretación de los tipos existentes.

El Dr. Atienza señala en su libro sobre argumentación jurídica, que ésta se encuentra inmersa en la creación de la norma, motivo por el cual merece especial

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 28.

relevancia la forma de crear e interpretar a la norma, sea constitucional o secundaria, sea vista desde la Constitución o desde su naturaleza.

Lo señalamos líneas arriba, es tiempo de someter a juicio a nuestras leyes, para saber su contenido y alcance. A partir de entonces sabremos si son suficientes para encarar los retos que presenta el nuevo siglo. Es el penalista Francisco González quien en su libro *El Código Penal Comentado*, nos hace una recapitulación de la legislación penal:

Puede notarse que se trata de una legislación uniforme para todo el territorio nacional, lo que comenzó a cambiar al establecerse en la Constitución de 1824, en su artículo 161, fracción II, la facultad de los Estados para expedir sus propias leyes.

Son los constituyentes de 1857 los que establecen de forma sistematizada las bases del Derecho Penal mexicano, las que luego fueron aplicadas por leyes del 4 de diciembre de 1860 y del 14 de diciembre de 1864. La necesidad urgente de emprender la tarea codificadora, principalmente en materia penal, es de continuo señalada por los Ministerios de justicia y por la Suprema Corte. Se reconoce la urgencia de clasificar los delitos y las penas, empresa que califica de ardua el Presidente Gómez Farías, si bien añadiendo que es menester arrostrarla, darle principio, aun cuando quede al futuro el logro de su completa realización.

Vencida la intervención francesa, el Presidente Juárez, al ocupar la capital de la República y organizar su gobierno (1867), tras la terrible lucha armada, llevó a la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública al licenciado Antonio Martínez de Castro, el notable jurista a quien correspondió presidir la Comisión Redactora del primer Código Penal mexicano federal para toda la República y común para el Distrito y Territorios Federales.

La federalización trajo consigo la imitación legislativa de los Estados Unidos de América, aun cuando su sistema legal deviene de una familia distinta a la de nuestro Derecho y, aun cuando hubo concordancias, la impunidad estaba cobrando su primer fruto.¹⁴⁹

Esa misma impunidad que ha trascendido en los años se debe en parte al trabajo equívoco de quien, ha atomizado la ley penal en un Estado cuyas características distan del pensamiento que motivó a las leyes estatales americanas. El doctor Ricardo Franco Guzmán escribe:

Al despuntar el alba del 1 de enero de 1901, o sea al comenzar el siglo XX, la mayoría de las entidades de la Federación ya tenían su propio Código Penal y de Procedimientos Penales.

El 5 de febrero de 1917 se promulga una nueva Constitución, que dice en su artículo 124: 'Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados. Como se observa, dicho precepto es idéntico al 117 de la Constitución de 1857.

En 1929 se promulga un 'Código Penal para el Distrito y Territorios Federales', aplicable también en los casos de la competencia de los tribunales penales federales, el cual se creó bajo las directrices de la Escuela Positiva penal [...]

A lo largo del siglo XX hemos tenido un verdadero mosaico de códigos penales y de procedimientos penales en toda la República. No ha habido uniformidad, ni unidad, ni concierto en todos ellos. Estamos en el completo caos.

En el ámbito constitucional. Las disposiciones de los artículos 16 y 20 de la Constitución Federal han sido interpretadas en las más diversas formas por los Estados de la República, que algunos han acatado y otros las han ignorado total o parcialmente.

¹⁴⁹ González de la Vega, Francisco, *El Código Penal Comentado*, 13ª ed., Porrúa, México, 2002, pp. XVII – XX.

Basta con el ejemplo del artículo 16 que establece los requisitos para librar orden de aprehensión. Nunca existió un criterio uniforme acerca de los elementos para librar orden de captura. Fue hasta la reforma de 1993 en que se precisó que debían existir 'datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal', lo que daba mayor solidez y seguridad a dichos mandatos de captura. Sólo algunos códigos reformaron sus disposiciones para ponerlos de acuerdo con dicha reforma.

Sin embargo, en 1999 se reformó de nuevo dicho párrafo para establecer que 'existan datos que acrediten el cuerpo del delito', lo que ha producido grave desconcierto en todos los Estados de la República, dado que no existe un criterio uniforme sobre el tema, pues el constituyente permanente dejó que cada uno de los Estados y el Congreso Federal dilucidaran y definieran los elementos que constituyen el cuerpo del delito o, por lo menos, los que se necesitan para acreditarlo.¹⁵⁰

Es reciente la escisión entre la legislación penal federal y la del Distrito Federal. Lo que aparentemente fue un logro para la legislatura capitalina, es un retroceso para la aplicación certera de la ley penal. La unificación de la ley penal ha sido una preocupación constante para aquellos juristas que conocen la terrible tarea de tratar de hacer coincidir diversos preceptos criminales. Resulta que de una entidad a otra los delitos varían, las edades penales difieren y, ello sólo acarrea desconocimiento sobre la ilicitud.

Lo cierto es que ahora, con el nuevo Código Penal para el Distrito Federal¹⁵¹, será aún más difícil la unificación de la legislación en materia penal, lo que

¹⁵⁰ "El caos de la legislación penal en México y la necesidad de transformarla en federal" de Franco Guzmán, Ricardo et al., *Estudios en Homenaje a la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Porrúa, México, 2001, pp. 131 y ss.

¹⁵¹ Cuya denominación desde el 6 de junio de 2006 es solamente Código Penal para el Distrito Federal,

consideramos un desacierto frente al problema que ahora abordamos y que requiere de la coincidencia de soberanías estatales. Esto es, la multiplicidad de ordenamientos penales incide en el desconocimiento de la norma penal. En ese tenor, el Estado no debe propiciar el error de los gobernados a quien va dirigida la norma en comento, por lo que la unificación de la Ley penal permitiría abatir este aspecto negativo que ocurre con tantos códigos penales.

2.2. Teoría del delito.

Una vez observada la estructura de la norma penal, es necesario analizar desde luego la estructura del delito. Desde esa perspectiva podremos apreciar su conformación así como sus alcances. Mucho tiempo ha pasado desde que se pensaba que el delito se componía de dos elementos o "fuerzas": una física y otra moral (Carrara), de modo tal que resulta de sumo interés adentrarse a las distintas corrientes del pensamiento que han intentado encauzar el estudio de los ilícitos penales.

Jiménez Huerta señala sobre el particular: "Si abrimos un Código Penal de cualquier nación o época y fijamos la vista sobre su Parte Especial, de inmediato advertimos que ésta contiene un catálogo de figuras delictivas, bien diferenciadas unas de otras por sus típicas texturas. Y precisamente, la típica trama de cada figura y la significación insita en su *tipicidad*, han puesto en un primer plano de la consideración

jurídica el valor del subrayado vocablo en la formación conceptual del moderno Derecho punitivo."¹⁵²

Efectivamente, a través de los diversos códigos penales que se han producido a lo largo del tiempo podemos conocer no sólo las instituciones penales de cada pueblo, sino también sus preocupaciones sociales. Una sanción determinaba el grado de importancia que revestían los bienes protegidos y la escala de éstos.

Siendo la tipicidad un elemento constitutivo en la estructura de la teoría del delito, haremos únicamente un repaso sobre dicha teoría, sin extender más allá de los límites de este trabajo la exposición respectiva. Señala el penalista mexicano Ricardo Franco Guzmán:

La Dogmática del Delito no ha sido en todos los tiempos ni para todos los autores, verdad única. En torno a ella siempre han existido problemas y se han suscitado discusiones de altura, que han puesto de relieve la complejidad de este fenómeno tan rico que es el delito.

En una rápida mirada hacia el pasado podemos contemplar cómo fue evolucionando, a partir de los primeros tiempos, desde una contraposición a las leyes divinas, al mandato personal de los monarcas y de los detentores del poder, hasta la concepción moderna que la finca en la infracción a las normas de cultura (Mayer).¹⁵³

¹⁵² Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, 6ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 21.

¹⁵³ Franco Guzmán, Ricardo, *Delito e injusto, formación del concepto de antijuricidad*, México, 1950, pp. 13-14.

2.2.1. Teoría del Delito y sistema penal.

Vimos líneas arriba el fundamento filosófico dogmático en el que se sustentan los sistemas penales, expresados por teorías referentes al delito, éstas a su vez habrán de establecer los elementos que compondrán el objeto de estudio y, en ese tenor se cumplirá con el establecimiento de lo antijurídico así como el juicio de valor para establecer la sanción correspondiente.

Una de las mayores preocupaciones de la sociedad es enfrentarse a una conducta antisocial, que, aun cuando es catalogada y reprochada, no se encuentra tipificada como delito, ya sea por política criminal o porque la conducta rebasa a la imaginación del legislador. En el caso que nos ocupa podemos establecer, anticipándonos al capítulo siguiente, que en ocasiones parecen existir nuevos delitos no comprendidos en el código punitivo, sin embargo, vistos a la luz de su propia esencia encontramos que la tecnología no es una forma de nueva conducta, sino un medio para ejercitar las ya conocidas.¹⁵⁴ No está de más recordar parte de lo que una conducta típica debe contener, toda vez que ello contribuirá a no dejar la norma falta de eficacia por error de formación.

El tratadista argentino Eugenio Zaffaroni, en su *Manual de Derecho Penal*, señalaba el doble valor que posee la Teoría del Delito, primero por su utilidad y segundo, por su necesidad. Dicho autor escribió: "Se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es

¹⁵⁴ Esta tesis la defendimos en el libro *Análisis de los Delitos Informáticos*, Porrúa, México, 2005.

decir cuáles son las características que debe tener cualquier delito.¹⁵⁵ Asimismo, y una vez renovado su trabajo científico, el mismo autor señala:

Al final del camino (o proceso) se llega a la criminalización secundaria formal de una persona (en términos sociológicos), pero en términos jurídico-penales esto presupone dos grandes divisiones de compuertas selectivas: (a) un primer orden de éstas sirve para verificar si están dados los presupuestos para requerir de la agencia judicial una respuesta que habilita el ejercicio del poder punitivo; (b) dados esos presupuestos, un segundo sistema pregunta cómo debe responder la agencia jurídica a ese requerimiento. Al primer sistema se le denomina usualmente *teoría del delito* y al segundo *teoría de la pena*, que cabe entender más precisamente como *teoría de la responsabilidad penal o punitiva de la agencia jurídica* (no del criminalizado, pues quien debe responder es la agencia).¹⁵⁶

Por su parte, Giuseppe Maggiore ubica a esta teoría dentro de la Teoría General del Derecho. Asimismo, dice: "Si la teoría del delito es ciencia, con los mismos títulos que la ciencia general del Derecho, debe tener una estructura sistemática y una organización lógica que respondan a criterios de rigurosa necesidad [...] Sin embargo, las dificultades pueden ser superadas, si tenemos presente que la Teoría del delito, como la del Derecho, depende de la lógica. La Dogmática es una filiación directa de la lógica -la clásica lógica formal- y de ella ha de tomar sus divisiones, sus problemas y sus leyes."¹⁵⁷

Esto es, que a través de la lógica entraremos al estudio de aquellos caracteres que tiene todo delito.

¹⁵⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986, p. 333.

¹⁵⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.*, *Derecho Penal, Parte General*, Porrúa, México, 2001, p. 357.

¹⁵⁷ Maggiore, Giuseppe, *Op. cit.*, *Derecho Penal, Vol. 1, El Delito...*, p. 268.

El delito, una vez comprendido desde esta perspectiva, debe observarse como un ente propio de la ciencia del derecho que contendrá aquellas conductas humanas tachadas de antisociales, en un tiempo y espacio determinados. Para la lógica quedan las tareas de definir y de dividir al delito como tal, entendiendo que al definir, establece cuáles son sus aspectos esenciales y al dividir, clasifica al delito por dichos caracteres.

2.3. Elementos del Delito.

El concepto de delito lo podemos obtener de los elementos constitutivos del mismo, pero más aún, de los elementos que se establecen en ese sentido y de la metodología con la que se ubiquen sus caracteres podemos también determinar el sistema penal en el que se inscribe el referido concepto. Por la ubicación del dolo podemos saber si se trata de la teoría causalista o finalista.

2.3.1. Ubicación sistemática.

Es a Sauer a quien debemos la clasificación de aspectos positivos y negativos del delito. Los elementos positivos son aquellos aspectos posibles de integrar a la figura delictiva. A su vez, a cada elemento corresponde un aspecto negativo que impide dicha

integración. Al delito se le contraponen lo que no es. Siguiendo las teorías clásica y neoclásica encontramos los siguientes

Aspectos positivos	Aspectos negativos
a) Conducta	a) Ausencia de conducta
b) Tipicidad	b) Atipicidad
c) Antijuridicidad	c) Causas de justificación
d) Culpabilidad	d) Causas de inculpabilidad
e) Punibilidad	e) Excusas absolutorias.

Estos caracteres o aspectos nos permiten, sólo para efectos expositivos, ubicar los elementos que conforman de manera básica al delito y, a su vez, establecer el concepto del mismo, como una conducta, típica, antijurídica, culpable y punible.

Bajo este esquema la teoría del error se circunscribiría al aspecto negativo de la culpabilidad.

2.3.1.1. Ubicación sistemática de la Teoría del Delito de Daza Gómez.

El penalista Carlos Daza Gómez establece, de acuerdo con el finalismo, una ubicación sistemática diversa a la señalada en el punto anterior, sin embargo, dicha ubicación no altera de modo alguno la pretensión de este estudio.

"Consideramos que la Teoría del Delito tiene en la actualidad categorías que integran los presupuestos de la consecuencia jurídica: pena y medida de seguridad.¹⁵⁸

Presupuestos:	Consecuencias Jurídicas
a) Tipicidad	a) Pena
b) Antijuricidad	b) Medida de seguridad
c) Culpabilidad ¹⁵⁹	

Bajo este esquema el error ha sufrido la partición del dolo, el cual se ubica dentro de la tipicidad, dejando en la culpabilidad no sus formas (dolo y culpa) sino únicamente la conciencia de la antijuridicidad. Y será bajo esta teoría que trataremos dichos problemas en los capítulos siguientes.

¹⁵⁸ Sobre las medidas de seguridad, Claus Roxin escribe: "Para comprender el moderno Derecho penal es decisiva la diferencia entre sus dos consecuencias jurídicas [...] toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, y en cambio toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro. Así se dice en el parágrafo 46 I 1: 'La culpabilidad del sujeto es la base de la medición de la pena'. Por tanto, si falta la culpabilidad, p.ej., por trastornos mentales (20) o por un error de prohibición invencible (17), está excluida la punición del sujeto. En cambio, aunque falte la culpabilidad, es perfectamente posible imponer una medida de seguridad si el sujeto como consecuencia de su estado es peligroso para la colectividad' (63 I) [...] Ahora bien, pena y medida de seguridad no necesariamente guardan entre sí una relación de alternatividad, sino que frecuentemente se aplican también conjuntamente. [...] Más bien sucede que la culpabilidad como presupuesto de la pena y peligrosidad como presupuesto de la medida se encuentran entre sí en relación de dos círculos secantes, por lo que pena y medida de seguridad pueden presentarse respectivamente como consecuencia jurídica por sí sola, pero también conjuntamente." (*Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura del delito*, 1ª. reimposición, Civitas, trad. Diego Lúzn Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 42.).

¹⁵⁹ Daza Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito*, 2ª reimposición, Cárdeas Editor, México, 2001, p. 69.

2.3.1.2. Ubicación sistemática propuesta por Díaz Aranda.

El joven penalista mexicano Enrique Díaz Aranda propone un esquema a partir de las ideas de su maestro alemán Claus Roxin, al que denomina sistema funcionalista social.

Este sistema abierto a la crítica recoge las ideas de eminentes penalistas que se han discutido en las últimas décadas tanto en Alemania como en España y las cuales hoy día establecen la génesis de un nuevo sistema penal para nuestro país. Con dicho esquema se pretende dar respuesta a viejos problemas planteados en los sistemas precedentes, sin embargo, es claro que más que un nuevo sistema, estamos frente a un conjunto de ideas que pretenden resolver los problemas no resueltos por el finalismo. Esto es, consideramos que el funcionalismo es al finalismo lo que el causalismo neoclásico fue para el causalismo original.

En el sistema que nos ocupa se plantea el siguiente esquema.

■ CONDUCTA-TÍPICA

(Objetiva - valorativa - finalidad)

Elementos objetivos \equiv elementos normativos \equiv elementos subjetivos

■ ANTIJURIDICIDAD

■ CULPABILIDAD (Normativa = Reprochabilidad)

Imputabilidad (mayoría de edad + facultades mentales)

Conciencia de la antijuridicidad / error sobre la justificación

Exigibilidad de otra conducta / Excluyentes de la exigibilidad.

Miedo grave o temor fundado

Error de prohibición

Estado de necesidad exculpante ¹⁶⁰

La sanción, como puede verse tiene un doble tratamiento, o es parte del tipo (la sanción que establece la hipótesis normativa cubre este requisito) y deja de tener un tratamiento independiente como elemento del delito.

2.3.2. Tipo y Tipicidad.

La tipicidad como elemento del delito, requiere de ser distinguida del tipo, con el que usualmente es confundida. El tipo penal es la expresión jurídica, mediante la cual el legislador expresa la conducta antisocial y la tipicidad el proceso mediante el cual podemos adecuar una conducta al tipo. En las líneas siguientes, diferentes juristas establecen sus respectivas concepciones sobre el tema. Maximiliano A. Rusconi destaca: "En primer lugar Zaffaroni reflexiona sobre la base de tres conceptos fundamentales: tipo penal, norma y bien jurídico.

El tipo penal es el instrumento conceptual, en su pertenencia a la ley, que nos permite descubrir la 'norma penal' o sea aquella que deja traslucir cuál es el bien jurídico protegido."¹⁶¹ Contrario a lo establecido por Rusconi, podemos señalar que, en

¹⁶⁰ Cfr. Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del Delito*, Straf, México, 2006.

¹⁶¹ Rusconi, Maximiliano A., *Los límites del tipo penal, un análisis de la tipicidad conglobante*, Ad Hoc, Argentina, 1992, p. 29.

ocasiones el bien jurídico tutelado no es bien definido por el creador del tipo penal. Por ejemplo en el título referente al acceso ilícito a sistemas y equipos de informática (Título Noveno en el Código Penal Federal) no se define con certeza el bien jurídico tutelado.

Daza Gómez escribe respecto al tipo penal:

Según Francisco Muñoz Conde, el tipo es 'la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal'.

Juan Bustos Ramírez señala que el tipo legal: 'no sólo describe acciones u omisiones; sino que es la descripción de un ámbito situacional determinado'. Por su parte, Enrique Bacigalupo considera que el tipo penal es un concepto jurídico producto de la interpretación de la Ley Penal. Lo definen como: la descripción de la conducta prohibida por una norma. Para Reinhart Maurach 'el tipo es la terminante descripción de una determinada conducta humana antijurídica'.

El tipo para nosotros es concebido como descripción de la acción prohibida creada por el legislador.¹⁶²

El penalista alemán Claus Roxin escribe: "Welzel llega a la siguiente definición: 'Tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida'; y también: 'es la materia de la prohibición (materia de la norma) de las prescripciones jurídico-penales.'¹⁶³ El penalista alemán Hans Heinrich Jescheck escribe:

De acuerdo con la teoría del tipo creada por Belling, el sentido del tipo se agotaba en la descripción de la imagen externa de una acción cualquiera. Por el contrario, el tipo nada indicaba sobre la antijuricidad, siendo únicamente el objeto, formulado en elementos conceptuales, de juicio de valor que debía ser

¹⁶² Daza Gómez, Carlos, *Op. cit.*, *Teoría General del Delito*, pp. 69 - 70.

¹⁶³ Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal, (Tipos abiertos y elementos del deber jurídico)*, Depalma. Buenos Aires, 1979, p. 4.

extraído de las normas jurídicas en su totalidad. Tan sólo con la teoría teleológica del delito se abandonó la consideración formal de Beling y ya no se vio más en la descripción del delito una exposición fáctica libre de valoración, sino la expresión de los elementos del tipo de una determinada clase del delito. El tipo se convierte así en 'materia de la prohibición de las disposiciones jurídico penales', en 'descripción objetiva del comportamiento prohibido'. Frente a ello, el examen de las causas de justificación se ubique en otro lugar y no coincide con el examen de la antijuricidad lógica.¹⁶⁴

Para el distinguido maestro español Mariano Jiménez Huerta, el tipo es la descripción de conducta que a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad y como expresión técnica del alcance contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible, y es con este autor con quien enlazamos los conceptos de tipo y tipicidad, y para tal efecto escribe:

La tipicidad es una genuina expresión conceptual del moderno Derecho punitivo que hace referencia al modo o forma que la fundamentación política y técnica del Derecho Penal ha creado para poner en relieve que es imprescindible que la antijuricidad esté determinada de manera precisa e inequívoca. Su significación conceptual simboliza en el tipo, o séase, como dice Mezger, en el 'injusto descrito concretamente en la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal'. 'Es indudable escribe este autor que el delito es acción antijurídica, pero si no fuere más que esto, podría cualquier precepto del sistema jurídico ejercer influjo decisivo en esta fundamental característica del hecho punible. El Derecho penal se hallaría entonces en una situación extremadamente desagradable y peligrosa: el más importante presupuesto de la pena la antijuricidad sería dependiente de manera inmediata de la multitud inabarcable con la vista y en constante cambio de las normas

¹⁶⁴ Jescheck, Haas Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Editorial Comares, (traducción José Luis Manzanares Samaniego), Granada, España, 1993, p. 221.

jurídicas en el total ámbito del Derecho. El Derecho penal, que lleva en sí, por definición, los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la libertad, en el honor, e incluso en la vida de los ciudadanos, caería en un estado insufrible de incertidumbre, de falta de seguridad. Por ello, resulta imprescindible que el mismo se procure el adecuado remedio y la claridad indispensable para que en su ámbito la antijuricidad, por lo menos en que concierne a la fundamentación del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca. El Derecho penal ha creado esta necesaria claridad mediante un medio extraordinariamente ingenioso: mediante el tipo.¹⁶⁵

Dicho autor, adherido a la corriente finalista, refiere que

Difícilmente podríamos hallar un razonamiento más elocuente y sencillo que el mezgeriano que acaba de transcribirse para descubrir y exponer la *ratio essendi* de la tipicidad. Este pensamiento sitúa su razón de ser en el marco cultural de nuestra época, esto es, en el plexo de ideales políticos y jurídicos que integran nuestra civilización. La tipicidad es, pues, una expresión propia del Derecho punitivo, equivalente técnico del apotegma político '*nullum crimen sine lege*' bien con el nombre con que ahora técnicamente se le designa, bien como garantía de libertad consagrada en la parte dogmática de las constituciones políticas, la tipicidad ha sido, desde el inicio de los regímenes de derecho, el fundamento del hecho punible. Las legislaciones de la casi totalidad de los países modernos proclaman expresamente este principio. Así, por lo que respecta a México, el artículo 14 de la Constitución Federal dispone que: 'en los juicios del orden criminal quedó prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata'.¹⁶⁶

Sobre el particular, de manera genérica, el artículo 7 del Código Penal Federal estatuye que "Delito es aquel acto u omisión que sancionan las leyes penales", sin

¹⁶⁵ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano*, p. 21.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 22.

embargo, más allá de esa concepción genérica, el Código Penal para el Distrito Federal establece el principio de tipicidad en su artículo 2. Por su parte, la penalista mexicana Olga Islas Magallanes de González Mariscal aborda el tipo penal bajo el siguiente concepto:

El tipo es, funcionalmente, una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos.

De esta definición se sigue:

- a) El tipo es una mera descripción general y abstracta.
- b) Su elaboración corresponde exclusivamente al legislador.
- c) El tipo regular, tan sólo, eventos que tienen la propiedad de ser antisociales.
- d) El tipo determina que un evento antisocial adquiera relevancia penal.
- e) Para cada clase de eventos antisociales hay un, y sólo un, tipo legal.
- f) Cada tipo legal señala una, y sólo una, clase de eventos antisociales.
- g) La necesidad y la suficiencia especifican la clase de eventos antisociales descrita.
- h) El tipo delimita, con toda precisión, el ámbito de lo punible y, como consecuencia, permite conocer, con certeza, lo que no es punible.
- i) El tipo tiene como función la protección de bienes jurídicos.
- j) Sin la existencia previa de un tipo, no hay delito.

El tipo penal (mensaje) ha de reconstruirse a partir del texto legal descriptivo de la actividad o inactividad, texto cuyo alcance debe restringirse mediante los textos que se refieren al dolo o a la culpa, a la consumación o a la tentativa y a las justificantes.

Valga un ejemplo: el tipo del homicidio fundamental doloso consumado por acción, que se construye a partir del artículo 302, definitorio de la actividad de

privar de la vida a una persona. Este artículo debe relacionarse, para restringir su extensión a únicamente la comisión por acción dolosa consumada, con los artículos 8o., en su primera hipótesis, y 9o., párrafo primero, y además se debe indicar en forma expresa que no son aplicables ni el texto legal correspondiente a la tentativa ni los textos descriptivos de las causas de justificación.¹⁶⁷

Sobre el particular podemos establecer que la definición a que hace referencia la referida penalista va más allá de su objeto para incorporar los fines que considera motivo de su "función", sin embargo, de manera objetiva el tipo no protege directamente sino que a través del cumplimiento o actualización de la hipótesis normativa se busca esa protección final a que hace referencia.

De tal manera que un tipo puede ser examinado a la luz de los principios que le dan origen para determinar su validez como hipótesis penal. Por ello los conceptos derivados no son sino la mención de lo que el tipo penal debe ser.

Ahora bien por cuanto hace a la tipicidad, en forma sencilla y clara el doctor Franco Guzmán en su cátedra la define como: "La adecuación de una conducta o hecho al tipo."¹⁶⁸ Raúl Carrancá y Trujillo al abordar el tema de la tipicidad, nos explica:

La acción antijurídica ha de ser típica para considerarse delictiva. A lo dicho sobre el particular sólo hemos de añadir que la acción ha de encajar dentro de la figura de delito creada por la norma penal positiva, pues de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito. Pero puede existir la tipicidad penal sin que

¹⁶⁷ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4ª ed., UNAM - Trillas, México, 1998, pp. 26 - 27.

¹⁶⁸ Celestino Porte Petit, eminente penalista mexicano, se remite a Floriani para explicar que la palabra "hecho" en sentido jurídico penal, comprende la acción y al propio tiempo el resultado de la misma. *Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal*, 18ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 259.

exista acción antijurídica, como ocurre con las causas de justificación en las que hay tipicidad y también juridicidad, por lo que el delito no existe. Por esto puede decirse así mismo que la antijuridicidad es elemento constitutivo del delito pero no lo es del tipo; es *ratio cognoscendi* éste de aquélla, como el humo del fuego (Mayer), pero sin que se confunda con ella por no ser su *ratio essendi* [...]

La conducta humana es configurada hipotéticamente por el precepto legal. Tal hipótesis legal constituye el tipo. El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito (Jiménez de Asúa). Y la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.¹⁶⁹

Al abordar la tipicidad, el doctor Daza Gómez, siguiendo la cátedra de España, se remite a Bacigalupo Zapater y a Francisco Muñoz Conde para establecer lo siguiente:

Bacigalupo considera 'que en la práctica la primera operación que deberá realizarse para verificar la tipicidad de un comportamiento, es la de comprobar si se trata de un comportamiento evitable o no'.

Por su parte, Muñoz Conde dice que toda acción u omisión es un delito si infringe en el ordenamiento jurídico (antijuridicidad) en la forma prevista por los tipos penales (tipicidad) y puede ser atribuida a su autor (culpabilidad).

Opinamos que la tipicidad es la adecuación de un hecho concreto con la descripción que de ese hecho se hace en la Ley Penal.

En México, el artículo 14, en el párrafo tercero de nuestra Constitución General de la República, establece el principio *nullum crimen sine lege*; sólo los hechos tipificados en la Ley Penal como delitos pueden ser considerados como tales.

¹⁶⁹ Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano, parte general*, Porrúa, México, 1988, p. 422.

Actualmente, el tipo cumple tres funciones: las de adecuación, de garantía y de motivador general.

El tipo penal se denomina tipo de adecuación y se diferencia de otros conceptos del tipo por su amplitud. El tipo de garantía contiene todos los elementos que, de acuerdo con el principio de legalidad, conducirán a la aplicación de una pena y que puedan no caer dentro del tipo de la adecuación, por ejemplo: desistimiento en la tentativa. Para explicar la función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida. Función motivadora, porque el legislador indica en el tipo penal a los ciudadanos qué conductas están prohibidas, y con ello se abstengan de realizar la conducta prohibida, materia de prohibición.¹⁷⁰⁻¹⁷¹

Hemos comprendido al tipo como el enunciado normativo en el cual se contienen los caracteres que debe cumplir una conducta jurídicamente reprochable. Este enunciado cobra sustento desde la promulgación de la ley fundamental de cada Estado, de modo tal que sólo habrá delito cuando así lo prevea la ley. Esto es, sólo tendrá consecuencias de carácter penal cuando así lo prevea un tipo.

En lo que se refiere a nuestra Constitución, ésta prevé el principio que no hay pena sin delito y nosotros nos adherimos a aquel que señala "*nulla poena sine tipo*", porque además de éste deriva el principio de seguridad jurídica, producto histórico que garantiza la aplicación de una sanción a la contravención de una norma previa que protege bienes jurídicos fundamentales.

¹⁷⁰ Daza Gómez, *Op. cit.*, *Teoría General del Delito*..., pp. 69 - 70.

¹⁷¹ Roberto Reynoso Dávila, al abordar el tema destaca: Los tipos de delitos o figuras de delito, son conceptos que tienen como antecedente el *corpus delicti*, expresión ideada por Próspera Farinacci, o sea, el conjunto de elementos integrantes del delito, tanto los de carácter objetivo como los de carácter subjetivo y entendiéndose por tipicidad, la adecuación o correspondencia entre una conducta en concreto con el molde típico o figura de delito. Reynoso Dávila, Roberto, *Teoría General del Delito*, 3ª ed., Porrúa, México, 1998, p. 62.

El establecer un tipo penal implica, el juicio previo mediante el cual el legislador ha estimado aquellas conductas antisociales que, a su parecer merecen una sanción ejemplar, por tanto, en esta descripción se conjuga la valoración del bien jurídico tutelado, los fines, así como la consecuencia que habrá de señalar a quien actualice la hipótesis normativa.

Roxin, por su parte, aborda el tema en este sentido: "Nuestro trabajo no es todavía suficiente para brindar una solución correcta a tan difíciles cuestiones, que vaya más allá de la crítica de otras opiniones. No es posible medir el valor de una teoría sólo con respecto a si ella es en sí misma y en el sistema que representa, lógica y cerrada. La corrección de una teoría debe verificarse con respecto a un patrón exterior a ella. El juez superior sobre una teoría jurídica será siempre la idea del derecho."¹⁷² Lo anterior dimensiona un sector de la problemática que encierra la estructura del Derecho Penal.

El penalista alemán destaca sobre los caracteres del tipo, los problemas filosófico dogmáticos en su estructura, señalando cuestiones que deben resolverse de manera plausible y lógica, toda vez que de ello depende la prevalencia de esta teoría.

A pesar de ello consideramos que la estructura del tipo no puede tener la misma óptica para un país donde no se ha desarrollado la dogmática, ni se ha gestado un sistema que se adapte a las particularidades de este país. El tipo, visto desde el ángulo de nuestros tratadistas ha quedado relegado sólo para la discusión del sistema penal que se adopte.

¹⁷² Roxin, *Op. cit.*, *Teoría del Tipo Penal ...*, p. 170.

2.3.3. Elementos del tipo.

Es Muñoz Conde quien destaca un problema en la descripción genérica de los elementos del tipo¹⁷³ y escribe:

De lo dicho se desprende que en la composición de los tipos penales entran en una serie de elementos de distinta procedencia y distinta significación. Por eso es imposible delimitar *a priori* todas las peculiaridades que presentan los distintos tipos delictivos. Esta es una tarea que corresponde a la Parte Especial, que precisamente se ocupa del estudio de cada uno de los distintos tipos delictivos. Los intentos de elaborar una Parte General de la Parte Especial, en la que se incluyan todas las características generales comunes a los distintos tipos delictivos, son inútiles y de antemano destinados al fracaso ya que es imposible reducir a un denominador común las diversas características de los tipos delictivos. En este momento lo más que se puede hacer es indicar algunas cuestiones generales que plantean aquellos que, de un modo constante, están siempre presentes en la composición de todos los tipos: sujeto activo, acción y bien jurídico.¹⁷⁴

El último enunciado deja fuera diversos elementos que componen al tipo en general, aunque si pensamos que el referido autor nos remita al delito de homicidio (aquel que priva de la vida a otro), los elementos descritos no sólo resultan suficientes sino únicos, pero los tipos en general no son tan concretos en la mayoría de las ocasiones. Malo Camacho escribe:

¹⁷³ Cabe citar el hecho de que durante las conferencias realizadas en honor a Günther Jakobs en la Ciudad de México (Primer Seminario Internacional de Actualización Jurídica en Materia Penal "Günther Jakobs" México, España, Alemania y Argentina, World Trade Center, México, 23 y 24 de septiembre de 2002), el doctor Polaino Navarrete hizo la crítica de que elementos objetivos y elementos subjetivos del tipo no son una definición clara de los componentes del mismo.

¹⁷⁴ Muñoz Conde, *Op. cit.*, *Derecho Penal, Parte General...*, p. 293.

Los elementos objetivos en el análisis de la tipicidad son los siguientes:

Sujeto activo.

Sujeto pasivo.

Objeto material.

Conducta de acción dolosa.

Resultado material.

Circunstancias y medios de la acción típica:

Medios;

Circunstancias de tiempo;

Circunstancias del lugar;

Circunstancias de ocasión y

Circunstancias de modo.¹⁷⁵

Señala el autor como elemento la acción dolosa (excluyendo a la culpa) inscribiéndose en el sistema finalista y que habremos de dar seguimiento.

2.3.3.1. Sujeto Activo.

Muñoz Conde señala: "a) Sujeto activo. El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquél que precisamente realiza la acción prohibida u omite la acción esperada. Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como 'el que' o 'quien'. En estos casos, sujeto activo del delito puede ser cualquiera (delitos

¹⁷⁵ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 3ª. ed., Porrúa, México, 2000, p. 331.

comunes), al margen de que después pueda o no ser responsable del delito en cuestión dependiendo de que tenga o no las facultades psíquicas mínimas necesarias para la culpabilidad.¹⁷⁶

El sujeto activo del delito, define el maestro Carracá y Trujillo, "es quien lo comete o participa en su ejecución. Sólo la persona humana es posible sujeto activo de la infracción, pues sólo ella puede actuar con voluntad y ser imputable. La responsabilidad penal es personal. 'Nuestro Derecho Penal se sustenta sobre el principio universalmente consagrado que reconoce a la persona humana como único sujeto activo'¹⁷⁷ Muñoz Conde expresa:

En algunos tipos delictivos se plantean, sin embargo, algunas cuestiones en relación con el sujeto activo.

En primer lugar tenemos los delitos plurisubjetivos, en los que el tipo exige la concurrencia de varias personas, bien concurriendo uniformemente para la consecución del mismo objeto (delitos de convergencia: rebelión, asociación ilícita); bien autónomamente como partes de una misma relación delictiva (delitos de encuentro: el cohecho, en el que interviene el funcionario y la persona que lo soborna).

De estos delitos deben distinguirse los casos de participación necesaria en los que interviene también varios sujetos en la realización de la acción, pero uno de ellos permanece impune por ser precisamente el titular del bien jurídico protegido en el tipo (por ejemplo, el sujeto pasivo en la agresión o abusos sexuales; el menor en los delitos relativos a la prostitución de menores, etc.).¹⁷⁸

¹⁷⁶ Muñoz Conde, *Op. cit.*, *Derecho Penal, Parte General...*, p. 293.

¹⁷⁷ Carracá y Trujillo, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano...*, p. 264.

¹⁷⁸ Muñoz Conde, *Op. cit.*, *Derecho Penal, Parte General...*, p. 294.

Cuando abordamos tanto el tema del sujeto activo como del sujeto pasivo, reviste total importancia que, algunos tipos exijan ciertas calidades específicas, como son la de servidor público, personal de las fuerzas armadas, personal de los órganos procuradores o impartidores de justicia, etcétera.

2.3.3.2. Sujeto pasivo.

Muñoz Conde termina su estudio de los elementos del tipo:

Titular del bien jurídico es el sujeto pasivo. No siempre coincide el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal con el sujeto sobre el que recae la acción típica. Así, por ejemplo, en la estafa sujeto pasivo es el perjudicado patrimonialmente por el engaño, pero el engaño puede recaer sobre otra persona (un empleado, administrador, etc., cfr. artículo 248). La distinción tiene importancia en algunos casos para saber quién está legitimado para consentir y disponer del bien jurídico [...] En la mayoría de los delitos de carácter comunitario el sujeto pasivo aparece de un modo borroso y vago, por lo que se habla de delitos vagos o con intereses difusos. En otros casos se discute la cualidad del sujeto pasivo de las personas jurídicas respecto a determinados bienes jurídicos (por ejemplo el honor); y en otros, se habla del Estado como sujeto pasivo genérico presente en todo. En realidad, el concepto de sujeto pasivo es poco preciso y sólo tiene interés para saber quién es el titular del bien jurídico protegido en el tipo penal en aquellos casos en que quepa disponer libremente de él (por ejemplo, la propiedad). Por otra parte, muy importante es hoy en día el concepto de víctima o perjudicado del delito, que ha dado lugar al nacimiento de una rama de la Criminología, la Victimología, preocupada por la debida atención

y asistencia a las personas sobre las que recaen los efectos negativos del delito. También se habla de una *Victimodogmática* que analiza la repercusión del comportamiento de la víctima (autopuesta en peligro, puesta en peligro consentida), en la responsabilidad del sujeto. En todo caso, por muy importante que sea la satisfacción de los intereses de la víctima, no puede olvidarse que el Derecho penal es un Derecho público, cuya intervención, salvo contadas excepciones [...] no puede estar supeditada a la voluntad de la víctima. En este sentido se habla de neutralización de la víctima como una característica del derecho penal del Estado de Derecho (Hassemer, 1990).¹⁷⁹ -¹⁸⁰

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 297.

¹⁸⁰ El Código Penal Federal hace alusión a la calidad de la víctima para el efecto de imponer la sanción que corresponda. El artículo 52 del referido ordenamiento señala: El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Dicha circunstancia es observada al imponer la sanción de acuerdo con el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que en lo conducente señala:

Artículo 72 (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad). El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;

II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;

III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;

VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Este elemento, visto a la luz de las conductas que estudiamos en este ensayo, ha quedado fuera de la discusión, toda vez que, es necesario, primero, establecer las formas de comisión de los *delitos informáticos* para entender contra qué bien jurídico tutelado se dirigen, toda vez que cualquier sujeto puede resentir esta clase de conductas, sin que para tal efecto se requiera calidad específica en el mismo.

2.3.3.3. Acción dentro del tipo.

En esta ocasión se retoma a la acción ya no como un elemento del delito, como lo vimos líneas arriba, sino como el elemento descrito en el tipo y que ha de desplegarse por el sujeto activo

Para que un delito exista es preciso que se produzca una conducta humana, por conducta, escribe Miguel Romo Medina, "entendemos el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, la acción *stricto sensu*, es un hacer voluntario, positivo, un movimiento del organismo del hombre capaz de ser percibido por los sentidos."¹⁸¹ Así, para el Derecho Penal es importante estudiar a la conducta no sólo desde ese sentido estrecho de un hacer positivo sino va más allá, con el análisis de la omisión, es decir, la conducta es vista en su sentido lato, Carrancá y Trujillo escribe:

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.

¹⁸¹ Romo Medina, Miguel, *Criminología y Derecho*, 2ª. ed., UNAM. México, 1989, p. 46.

Atendiendo a la fuerza física, en el lenguaje de Carrara, o a la conducta, según lo antes dicho, en sus aspectos positivo y negativo, la acción y la omisión son los dos únicos modos que reviste la conducta incriminable [artículo 7 C.P. Federal (*nota del autor*)]; la acción en el aspecto positivo o *stricto sensu* es denominada por el Código Penal acto (de *actus*, hecho ejecutado u obrado) y en el negativo, omisión. La acción *lato sensu* se entiende para los efectos penales como la conducta humana voluntaria manifestada por medio de una acción en sentido estricto -acto- o de una omisión. En el acto se realiza una actividad positiva, se hace lo que no se debe hacer, se actúa violando una norma que prohíbe; en la omisión se realiza una conducta negativa, se deja de hacer lo que se debe hacer, se omite la obediencia a una norma que impone el deber hacer.¹⁸² Muñoz Conde describe:

Acción. En todo tipo hay una acción, entendida como comportamiento humano (acción u omisión), que constituye el núcleo del tipo, su elemento más importante. La acción viene descrita generalmente por un verbo ('matarse', 'causare una lesión', etc.), que puede indicar una acción positiva o una omisión. Cuando el tipo sólo exige la realización sin más de una acción, estamos ante los delitos de mera actividad (injuria, falso testimonio, etc.) o, en su caso, de mera inactividad (omisión pura). En otros casos exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (delitos de resultado). Esta distinción puede llevar a confusiones, ya que todo delito consumado tiene un resultado constituido por la realización del tipo pero cuando aquí se habla de resultado se alude al resultado como modificación producida en el mundo exterior, separa espacial y temporalmente. Esta distinción se corresponde con la que hace Fletcher (conceptos básicos, p. 99) entre delitos de consecuencias dañosas y delitos de acciones dañosas, ya que solo en los primeros es necesario demostrar una causalidad entre la acción humana y el resultado, pero debe de tenerse en cuenta que a veces el resultado es sólo un

¹⁸² Carranca y Trujillo, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano*..., p. 276.

peligro, lo que da lugar a la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro.¹⁸³

Malo Camacho define a la acción a través de la conducta, y en ese tenor escribe: "la conducta, por definición, es el elemento objetivo del delito, unida al resultado en los delitos de resultado material, en cuyo caso será necesario, también, que haya quedado previamente acreditada la causalidad entre ellos, para que los mismos puedan ser atribuibles, al tipo penal correspondiente."¹⁸⁴ El profesor de Bonn, Günther Jakobs al abordar el tema de la acción no se detiene en la descripción dogmática de la misma, sino que plantea un nuevo problema. Al respecto señala:

Por tanto, un concepto jurídico-penal de acción debe combinar sociedad y Derecho penal. So pena de degenerar hasta quedar convertido en un concepto de mera utilidad didáctica que describa un escalón inicial del delito, debe contener una teoría lo más completa posible del comportamiento jurídico-penalmente relevante. El concepto de acción, en cuanto concepto jurídico-penal, debe garantizar que la definición de los comportamientos jurídico-penalmente imputables no sea una mezcolanza de elementos heterogéneos agrupados de cualquier manera, sino *una* unidad conceptual. Puesto que en el momento actual es opinión casi unánime la de atribuir el concepto de acción exclusivamente a la teoría del injusto, se plantea la cuestión acerca de qué es lo que supone este concepto para el conjunto, es decir, para el injusto y la culpabilidad. Para resolver esta cuestión, también habré de ocuparme del problema relativo a si el juicio de

¹⁸³ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, *Derecho Penal, Parte General...*, p. 295.

¹⁸⁴ Malo Camacho, *Op. cit.* *Derecho Penal Mexicano...*, p. 341.

injusto constituye un nivel propio de valoración jurídico-penal, o, formulándolo de otro modo: ¿forma la responsabilidad por culpabilidad parte de la acción?¹⁸⁵

2.3.3.4. Bien Jurídico.

El bien jurídico en sí mismo abre toda una teoría para su estudio, ya que la defensa del mismo le da origen a nuestra materia. Como lo señalamos líneas arriba, la escala de valores de una sociedad puede ser vista a través de los bienes que protege. Muñoz Conde, escribe:

Bien jurídico. La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionen o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento.

Todo tipo penal debe incluir un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Esto no es otra cosa que el valor que la ley quiere proteger de las acciones que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses. La cualidad de bien jurídico es, por tanto, algo que crea la ley y no algo preexistente a ella misma. Lógicamente se espera que, de acuerdo con el principio de intervención mínima, el legislador sólo utilice el Derecho penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos

¹⁸⁵ Jakobs, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y artículos número 11, (traducción Manuel Cancio Meliá) Colombia, 1998, pp. 9 – 10.

verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos, pero esto es un *desiderátum* que no siempre se cumple. De ahí la necesidad de tener presente siempre una actitud crítica tanto frente a los bienes jurídicos protegidos como frente a la forma de protegerlos penalmente [...]

El concepto de bien jurídico se utiliza en Derecho penal, además, como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos (delitos contra la vida, contra el honor, contra el patrimonio, etc.). Según este criterio de clasificación se distingue entre bienes jurídicos individuales (vida, libertad, honor) y comunitarios (salud pública, seguridad del Estado, orden público). Esta distinción no tiene, sin embargo, un valor absoluto, ya que tan importante es para el individuo que se respeten los bienes jurídicos que le afectan directamente, como los que afectan el orden social en el que el individuo tiene que vivir y realizarse.¹⁸⁶

Para Malo Camacho el bien jurídico penalmente protegido, "es la síntesis normativa de una determinada relación social, dialéctica y dinámica."¹⁸⁷

2.3.3.5. Elementos normativos.

A los elementos señalados por Muñoz Conde, Reynoso Dávila agrega:

Los elementos de las figuras delictivas se clasifican agrupándolas en objetivos, subjetivos y normativos. Los elementos objetivos son los más, puesto que de ellos se vale la ley para describir las conductas que conducen a pena. Son los elementos puros de la tipicidad. Son referencias a cosas, a personas o a modos

¹⁸⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, *Derecho Penal, Parte General*..., p. 296.

¹⁸⁷ Malo Camacho, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano*..., p. 330.

de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos. Ejemplo: la cosa en el hurto la morada en la violación del domicilio, etc. Los elementos subjetivos: ánimo, intención o propósito (fijando un matiz al aspecto subjetivo del obrar humano) ejemplo: en el rapto, sustracción 'para satisfacer algún deseo erótico' (ese delito fue reubicado y modificado en la legislación federal); los que contrajeran matrimonio 'sabiendo' que existe impedimento. Los elementos normativos contienen un juicio de valor o dan los elementos para formar ese juicio, haciendo referencia, por lo común, a otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Ejemplos: 'ajenidad' de la cosa en el hurto; la 'honestidad' de la víctima en el estupro (ese delito fue radicalmente modificado en la legislación federal), etcétera.¹⁸⁸

Por nuestra parte, haremos una referencia general a los elementos del tipo que, consideramos, deben estudiarse para entender con mayor precisión (siguiendo las pautas del doctor Polaino Navarrete) la estructura de estas figuras normativas que describen las conductas reprochables por el sistema penal. En ese tenor ya hemos discurrido sobre: sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico tutelado, y acción/resultado, pero habría que añadir a esta lista:

Elementos normativos.

Objeto material sobre el que recae la acción (una vez que éste ya ha sido distinguido por Muñoz Conde).

Elementos subjetivos del injusto.

Medios Comisivos.

Circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión.

¹⁸⁸ Reynoso Dávila, *Op. cit.*, *Teoría General del Delito*..., p. 66.

Pues una vez agotado el estudio de estos elementos complementarios, tendremos un panorama del tipo. Reynoso escribe:

Elementos subjetivos y normativos del tipo: a) Aquellos que cumplen una función simplemente descriptiva en relación con la voluntad del agente y su determinación consciente y finalista. Tal es el caso de las disposiciones que hacen referencia a los móviles especiales del agente. Son exigencias particulares acerca de la determinación finalista de la acción más allá del verbo rector: 'con ánimo de lucro', 'con miras deshonestas'. Sería también la situación de expresiones que aluden a hechos subjetivos que se producen o concurren en terceros: el 'escándalo', el 'des crédito'. Todas estas expresiones son puramente descriptivas de la acción misma (en cuanto a su aspecto interno de voluntad finalista), a su resultado o a su circunstancia.¹⁸⁹

Por elementos normativos entendemos las valoraciones de tipo jurídico inmersas en el tipo penal, por ejemplo: cuando el tipo contiene vocablos como "indebidamente" (porque requiere la valoración de si la acción fue realizada dentro de lo debido o no), "ilícitamente" (porque se debe hacer el examen sobre la licitud), "clandestinamente" (porque de su estudio depende que una acción pueda ser considerada como ilícito penal o no, por ejemplo, cuando una persona llega de un país extranjero a México debe llenar un formato donde se le pregunta claramente: ¿trae consigo alguna arma de fuego? Esto se hace porque hay países en los que está permitido el uso y portación de armas de fuego, entonces, la persona tiene la oportunidad de declarar afirmativamente, sin que ello implique actualizar el tipo penal de introducción de armas de fuego.

¹⁸⁹ *Idem.*

La existencia de estos elementos dentro del tipo, si bien es cierto que remite al estudio de la antijuridicidad, también brinda la posibilidad de que el agente demuestre la actualización de la atipicidad por estar realizando actos lícitos. Reynoso escribe:

Un grupo importante está constituido por los llamados 'delitos de tendencia' en los cuales no se describe (o sólo muy vagamente) la acción, sino que se alude sólo al propósito que guía al hechor. Ejemplo 'toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona'. b) Aquellos que tienen un sentido valorativo. Así ocurre en las expresiones 'maliciosamente', 'voluntariamente', 'intencionalmente', etc. Estas expresiones, siendo valorativas, no pueden formar parte nunca del tipo. No hay inconveniente, en cambio, en admitir que forman parte de la figura delictiva donde a veces contribuyen a precisar el 'tipo de culpabilidad' con determinadas exigencias.

Por elementos normativos de los tipos penales se han entendido diversos conceptos, que han contribuido a confundir su problemática y a oscurecer las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad [...]

El concepto de honestidad de la víctima en el delito de estupro (completamente desfigurado con las reformas hechas en la legislación federal), implica una valoración que remite a pautas culturales. El concepto de funcionario público implica una valoración jurídica. Pero las expresiones que requieran un juicio de desvalor definitivo, como 'indebidamente, ilegítimamente, ilícitamente', etc., no hacen más que referirse a la antijuridicidad y nada tienen que ver con el tipo.¹⁹⁰

Contrario a lo sostenido por Reynoso Dávila, reiteramos lo asentado líneas arriba, ya que de no existir dichos elementos no existiría, de principio, la necesidad de estudiar la licitud del hecho.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pp. 66 – 68.

Esto es, retomando el ejemplo señalado líneas arriba, si una persona llegara al aeropuerto con un arma y el tipo penal no señalara "que la introducción del arma al país sea *clandestina*", entonces bastaría con que introduzca el arma para actualizar el tipo penal.

2.3.3.6. Elementos subjetivos del injusto.

Los elementos subjetivos del injusto destacan el fin sobre la conducta, se encuentran inmersos en el tipo penal y son distinguibles del dolo, toda vez que éste se refiere a la representación y aceptación de la conducta antijurídica mientras que aquéllos establecen el fin por el cual la conducta es susceptible de cometerse.

Por otra parte, los elementos subjetivos del injusto aparecen en la formación del concepto de antijuridicidad y son expresados en el tipo penal a través de los fines objetivos que persigue el autor de un delito. Estos elementos se distinguen del dolo porque éste se refiere a la representación y aceptación del resultado típico, mientras que aquéllos se refieren a los fines que se persiguen con la consecución de dicho resultado. El doctor Franco Guzmán escribió al respecto:

Edmundo Mezger, acepta plenamente los elementos subjetivos del injusto, pero aclara que no se dan en todos los delitos, sino en los grupos que especialmente señala, y que enseguida estudiaremos. Interesa destacar ahora, la forma en que concibe la teoría de los elementos subjetivos del injusto. No encontraremos mejores palabras que las suyas propias para presentarla. Dice

así: 'El injusto es contradicción objetiva con las normas del Derecho. Las referencias anímicas subjetivas del infractor respecto al injusto cometido por él, el saber que infringe el ordenamiento jurídico y el conocimiento de los fundamentos fácticos de dicha infracción, la intención de actuar en contra del Derecho, son sólo de importancia en lo que concierne a la imputación personal del injusto, por tanto en la teoría de la culpabilidad. Por lo menos, normalmente. Pero sería erróneo querer afirmar este principio sin excepción alguna, y referir en consecuencia, todo lo objetivo al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad concibiendo al primero sólo objetivamente y sólo subjetivamente a la segunda. Y más adelante afirma que: 'En lo que concierne a la determinación del injusto, las excepciones a la regla general nos indican que dicha determinación de lo antijurídico puede depende, en ciertos casos, de determinados momentos subjetivos. Una conducta que exteriormente es la misma puede una vez ser conforme al Derecho y otra antijurídica, según el sentido que el autor atribuya a su acto, según la situación o disposición anímica en que se ejecute la acción'. Pero para Mezger sólo el Derecho positivo puede enseñarnos los casos de existencia de los elementos subjetivos del injusto. 'Y el Derecho Positivo conoce -según el profesor alemán- los siguientes grupos de tipos de delitos con tales elementos: a) Los delitos de intención en la forma de los llamados delitos mutilados de dos actos. En lo que -explica- el acto es querido por el agente como medio subjetivo de un actuar posterior del mismo sujeto', y pone como ejemplo el tipo del párrafo 146 del Código Penal Alemán; b) Los delitos de tendencia. En donde se incluye también los delitos de intención en la forma de los llamados delitos de resultado cortado, en los que el agente hace algo, con objeto de que se produzca una consecuencia ulterior.¹⁹¹

Los elementos subjetivos del injusto reciben ese nombre, debido a la base subjetiva de los fines que tiene el sujeto para realizar la conducta reprochable. Estos

¹⁹¹ Franco Guzmán, *Op. cit.*, *Delito e injusto, formación del concepto de antijuridicidad*, pp. 93-95.

fines son distintos del dolo, en tanto que éste supone sólo la representación y aceptación de la conducta reprochada por la ley penal.

2.3.3.7. Medios Comisivos.

Dentro de los elementos del tipo nos encontramos con un ámbito al que, por su carácter accesorio, no se le ha dado la importancia que hoy día revisten los medios comisivos. Sobre todo en discusiones como la que ahora nos ocupa.

En el libro *Programa de Derecho Penal*, del penalista Celestino Porte Petit, cuyo trabajo habla en sí mismo de una obra monumental, resulta claro que dicho estudioso encontró pocas fuentes sobre el tema, sin embargo, además de la remisión a la obra de Mezger, señala:

En numerosos casos, los tipos exigen determinados medios, originándose los llamados *delitos con medios legalmente determinados o limitados*. Ello quiere decir que para que pueda darse la tipicidad deben concurrir los medios que exija el tipo correspondiente. De este modo, Mezger expresa que 'por delitos con medios legalmente determinados debe entenderse aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del resultado último, sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma en que la ley expresamente determina [...]

En consecuencia, el medio exigido por el tipo puede dar lugar a resultados diversos.¹⁹²

Luis Jiménez de Asúa escribe en su *Tratado de Derecho Penal* lo siguiente:

Referencias a los medios. Como se advirtió ya, vamos a tratar separadamente de las referencias a los medios que se hayan contenidas en buen número de tipos penales. Nos inclina a hacerlo así, no tanto el que esta modalidad sea de las más frecuentes en las descripciones típicas, sino la importancia que reviste, hasta el punto de que, según hemos visto, ha servido de base para una de las clasificaciones de los delitos [...]

Se ha dicho antes [...], que el verbo activo con que se expresa el núcleo del tipo no reviste, a veces, indicio de antijuricidad si no se pone en relación con el medio. El acceso carnal es una función perfectamente ajena al derecho punitivo, sino va acompañada (salvo las hipótesis de menor edad penal de la víctima) de violencia o de fraude. En otros casos el medio califica un crimen, como el veneno en el asesinato, y no faltan ejemplos en que asume el papel de separar un tipo delictivo de otro, según comprobamos que sucede en el hurto y el robo, puesto que éste se caracteriza por la violencia o la intimidación.

Tampoco faltan ejemplos en que una conducta que suele ser medio para ejecutar la principal, como acontece con la *provocación*, se estime a veces como grado en el *iter criminis*, según veremos oportunamente que ocurre en el Código penal español (provocación a la rebelión o sedición, a los delitos de atentado, desacato o desorden público por ministros de una religión); e incluso que llegue a ser estimada como distrito *per se*. Recordemos la *provocación* al duelo, configuraba como tipo propio de amenaza grave en el desacato en el código penal español [...] y como tipo especial en el código penal argentino, al tratar del duelo [...] así como la *instigación a cometer delitos* [...]

¹⁹² Pontc Petit Candaudap, Celestino, *Programa de Derecho Penal, Parte General*, 3ª. ed., Trillas. México, 1990, p. 425.

En otros muchos casos los tipos se hallan caracterizados o agravados por el medio que se emplea. El código penal español menciona *la violencia, la intimidación, la fuerza, la coacción, el engaño, el fraude, etc.*; y en el código penal argentino se trata de *la violencia, la fuerza, la intimidación, vejación, coacción, engaño, fraude, maquinaciones fraudulentas, etc.* [...]

La *publicidad*, que ha sido objeto en Francia de una interesante tesis doctoral, merece mención concreta, pues no sólo puede apreciarse como ocasión, sino como medio, fusionando a veces de manera doble [...]

Finalmente, puede acontecer el propio texto legal haya hecho de un tipo de delito, es decir del núcleo de un tipo, el medio para cometer otro. La *violencia* (que ciertos códigos, como el español, es un delito *per se*, el de coacción) puede integrar un título complejo compuesto.¹⁹³

En nuestro Código penal federal encontramos diversos tipos que requieren medios comisivos. Por ejemplo, en el delito de terrorismo¹⁹⁴ se hace una lista en la que aparecen diversos ejemplos de medios violentos, los cuales constituyen los medios empleados (uno o varios) para alcanzar el resultado establecido en el tipo. Ahora bien, no siempre los medios comisivos son definidos claramente y el legislador establece en su lugar la referencia "por cualquier medio", con lo que demuestra el énfasis en el resultado, como se puede observar en delitos como el de corrupción de menores e incapaces¹⁹⁵. En ocasiones, el uso de medios comisivos requeridos en el tipo penal

¹⁹³ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, *El Delito*, 5ª. ed., actualizada, Losada, Buenos Aires, 1992, pp. 817 - 823.

¹⁹⁴ Artículo 139. Se impondrá pena de prisión de dos a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación.

¹⁹⁵ Artículo 201 bis. Al que procure o facilite por cualquier medio el que uno o más menores de dieciocho años, con o sin su consentimiento, lo o los obligue o induzca a realizar actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales,

tiene como fin agravar la sanción, como se puede observar en el delito de robo con violencia¹⁹⁶.

Pero debemos aclarar un aspecto relevante, el hecho que algunos delitos son cometidos con el uso de los medios antes señalados, sin que para tal efecto sea necesaria su inclusión en la descripción típica. Esto es, el homicidio, no requiere medios comisivos, basta simplemente con que se verifique la privación de la vida por parte de otro para que se agote el tipo, sin importar si fue con explosivos, violencia física, etcétera.

Es común confundir al medio comisivo con el verbo núcleo del tipo pues en ocasiones el código penal sanciona de manera directa al medio empleado o el uso de algún objeto (por ejemplo la violencia física contra una persona integrante de la familia, o bien el uso de un documento falso). Recientemente en su libro sobre el secuestro, Besares Escobar señala "la utilización de una persona como rehén" como un medio de comisión y lo relaciona con "la amenaza", también como medio de comisión¹⁹⁷, lo que consideramos un error, toda vez que la utilización de un rehén, ya en sí constituye un delito consistente en la privación ilegal de la libertad, lo que puede agravarse si dicha privación persigue un rescate.

La discusión se profundiza cuando ciertas conductas que en sí constituyen un delito por sí mismas, son susceptibles de convertirse en medios comisivos para otro

con el objeto y fin de videogramarlos, fotografíarlos o exhibirlos mediante anuncios impresos o electrónicos, con o sin el fin de obtener un lucro, se le impondrán de cinco a diez años de prisión y de mil a dos mil días multa.

¹⁹⁶ Artículo 372. Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se agregará de seis meses a cinco años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación.

¹⁹⁷ Cfr. Besares Escobar Marco Antonio, *et al.*, El secuestro, 3ª. ed., Porrúa, México, 2003, p.37.

delito, por ejemplo el uso de documento falso, a pesar de tratarse de un delito autónomo, puede formar parte de otro delito como el fraude, si se demuestra que el uso del documento falso es sólo parte de las maquinaciones urdidas por el sujeto activo para alcanzar el lucro¹⁹⁶.

2.3.3.8. Circunstancias de modo, tiempo o lugar.

Dentro de la hipótesis que representa un tipo penal se pueden exigir ciertas circunstancias relativas a la comisión de un hecho punible, éstas pueden ser de modo, tiempo, o lugar. Por ejemplo, dentro de los delitos contra la salud, existen diversas

¹⁹⁶ Quista Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomó: LXIV

Página: 2937

FRAUDE Y FALSIFICACION DE DOCUMENTOS. Conforme al artículo 245 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, para que el delito de falsificación de documentos sea punible, se requerirá, entre otras cosas, que el falsario se proponga sacar algún provecho para él o para otro; y de acuerdo con la fracción I del artículo 286 de la misma ley, es elemento constitutivo del fraude, el hacerse ilícitamente de alguna cosa; pero esto no quiere decir sino que esos delitos tienen un elemento común, que es la obtención de un lucro indebido, con la diferencia de que en la falsificación basta la posibilidad de que se cause perjuicio, para que se integre el delito consumado; lo cual no ocurre en el fraude; y, por lo mismo, no es exacto que no puedan coexistir ambos delitos; como lo demuestra el artículo 251 del Código Penal, que expresamente dice que si el falsario hiciere uso de los documentos falsos, se acumulará la falsificación y el delito que por medio de ella se hubiere cometido. Ahora bien, si está probado que el acusado estuvo cobrando la pensión asignada a una persona, a pesar de que ésta había fallecido, y para obtener esas cantidades del fisco, se utilizaron cartas poderes con firmas falsas de la beneficiaria de la pensión, obteniéndose la dispensa de que la pensionista asistiera a las visitas de supervivencia, por supuestas enfermedades y ausencias para lo cual se emplearon certificados médicos, suplantando a la beneficiaria, todos esos elementos son la demostración de maquinaciones y artificios tendientes a engañar a los que efectuaban los pagos de las pensiones, quienes, representaban al fisco que resultaba defraudado. En consecuencia, queda demostrado que por medio de engaños y aprovechándose del error en que se encontraban los empleados, respecto a la defunción de la beneficiaria, se obtuvieron ilícitamente cantidades de dinero que constituyeron un lucro indebido. La falsificación de documentos concurrió a la perpetración del fraude, pero éste quedó constituido por otros elementos, y no es violatoria de garantías la sentencia que impuso pena por el delito de fraude.

Amparo penal directo 2157/40. Fernández Guerra Salvador. 12 de junio de 1940. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José María Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente.

modalidades referidas dentro de un mismo tipo penal. O bien, respecto a la circunstancia de tiempo, en el tipo penal de aborto se exige que la muerte del producto de la concepción ocurra "en cualquier momento del embarazo".

Respecto a las circunstancias de lugar, en ocasiones se hace referencia a que el delito en cuestión ocurra: "dentro del país, a bordo de una aeronave, etc." Esto es, que se especifica el lugar donde debe ocurrir la conducta para que se satisfaga la hipótesis normativa. Podemos establecer que algunas de las conductas a que se hace referencia en los delitos informáticos ocurren en *internet*, un ente atopológico que sirve de medio a los delincuentes informáticos para buscar la impunidad de sus actos.

2.3.3.9. Dolo como elemento del tipo.

Aunque no es parte de este trabajo ahondar en el concepto de dolo, toda vez que ello conlleva a una discusión fuera de los límites señalados en nuestra primera hipótesis, consideramos necesario establecer algunos apuntamientos sobre el mismo.

Considerar al dolo como un elemento del tipo presupone una posición finalista; considerarlo como una especie de la culpabilidad orienta a este trabajo hacia el causalismo. En realidad, los fines que persigue el presente estudio pueden prescindir de la enunciación o ubicación sistemática del mismo, toda vez que lo pretendido es incluir y poner de manifiesto la importancia de los medios comisivos.

Carrara expone: "Pero si encontramos la parte sustantiva de la noción del dolo más bien en la intención que es un acto de la voluntad que en la conciencia que es función del intelecto, nos veremos a encontrar en la dirección más conforme a la naturaleza de las cosas, porque ciertamente se peca con la voluntad y no se peca con el intelecto. Al mismo tiempo hemos abierto la vía para sentar sobre principios tan verdaderos como absolutos el criterio para calcular la relativa gravedad del dolo y para ordenar racionalmente la distribución de sus diferentes grados."¹⁹⁹

Contrario al criterio expresado, Carrancá y Trujillo explica nuestras primeras aproximaciones al Dolo del siguiente modo: "Carrara y sus seguidores caen igualmente en el error de definir al dolo como la intención, cuando el alcance del primer término es mayor al segundo, con lo cual dejaron fuera del concepto al dolo eventual, en el que no existe propiamente intención. Este error se mantuvo en nuestro Código Penal hasta antes de las reformas hechas en 1994, donde los delitos dolosos sustituyeron al rubro de los delitos intencionales.

Por su parte, Camelutti vuelve los ojos a la teoría de la voluntad al considerar que el acto, en sus efectos penales, depende del querer, en su existencia y su normalidad, denominando intención a la dirección de la voluntad, de manera que el dolo es la voluntad dirigida al evento contrario al evento mandado, expresión equivalente a esta otra: voluntad dirigida al evento previsto por la ley como una forma del delito. "Si se tiene presente -dice el mencionado autor- la figura del delito causal, es decir, de aquellos casos en que la causa funciona como requisito constitutivo del delito,

¹⁹⁹ Carrara, Francesco, *Derecho Penal*, Oxford University Press, (col. Biblioteca Clásicos del Derecho Penal), México, 1999, pp. 108 - 109.

convendría, por otra parte, integrar tal definición diciendo: voluntad dirigida al evento que presenta los requisitos formales y causales del delito".

"Debe reprocharse, ahora a Carnelutti, confundir dolo e intención, así como "no precisar con exactitud la extensión y alcance de la voluntad, como situación fáctica. La afirmación de Carnelutti, de que el centro de la voluntad está en el deseo, podría ser exacta si voluntad e intención fuesen equivalentes, pero no sucede así, ni tampoco es exacta su afirmación de que no se puede querer sin desear".²⁰⁰ Por su parte Jiménez de Asúa "para los viejos penalistas Dolo y culpa eran especies tan definidas y separadas que en verdad se trataba de dos culpabilidades"²⁰¹ y al respecto cita aquellas disposiciones históricas en las que se hablaba de delitos y culpas.

Contrario a ello, Welzel que ubica al dolo y a la culpa en la acción o en el tipo injusto, desmorona la naturaleza misma de la culpabilidad. Luego entonces, nuestra posición al determinar al dolo y a la culpa como especies de la culpabilidad nos da un lugar inmediato de contraposición con el jurista alemán.

El dolo no está a discusión, pero es evidente su inclusión, por tal motivo recurrimos al libro que sobre dicho tema escribió el jurista mexicano Enrique Díaz Aranda, quien señala:

Particularmente en México sostiene la ubicación del dolo en la culpabilidad Castellanos Tena al manifestar que "la culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su

²⁰⁰ Cfr. Carrancá y Trujillo, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano...*, p. 389.

²⁰¹ Luis Jiménez de Asúa, *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal, Tomo V, La Culpabilidad...*, p. 272.

negligencia o imprudencia'. A pesar de que al considerar al dolo y la culpa como formas de la culpabilidad, ello nos llevaría a considerar al citado autor como partidario del sistema clásico; mas una revisión detenida de su obra nos lleva a considerarlos como neoclásico, pues dentro del tipo incluye, aunque como una excepción de los que denomina tipos anormales, elementos normativos y subjetivos, concepción del tipo que, como hemos visto, es propia del sistema neoclásico.

De igual forma Carrancá y Trujillo al analizar el artículo 8 vigente en el Código Penal Federal, vigente en 1961, en el cual se disponía que los delitos podían ser: I) intencionales o II) no intencionales o de imprudencia, señalaba: 'si no se ofreciera ninguno de estos grados de culpabilidad, no habría tampoco delito... La culpabilidad como juicio de reproche vista de la adecuación típica de la conducta antijurídica e imputable, al concebir la culpabilidad no como un nexo psicológico defectuoso sino como un juicio de reproche dejaba claro su seguimiento del sistema neoclásico, opinión que mantendría en las posteriores ediciones de su Código Penal, aun con las correcciones de Carrancá y Rivas, al interpretar que de acuerdo con el artículo 8 del C.P. mexicano, 'la culpabilidad como elemento del delito reconoce dos grados: el dolo y la culpa... una u otra han de existir inexcusablemente en el acto u omisión, para que sean delictuosos; de lo contrario no habría culpabilidad y por tanto, inculpanibilidad de la acción' y para hacer referencia a los delitos culposos, prosigue 'los elementos de la culpabilidad, según la teoría de la ley, son, por tanto: a) existencia de un daño con tipicidad penal; b) existencia de un estado subjetivo de culposidad consistente en imprevisión, falta de reflexión, falta de cuidado o impericia, manifiesto por medio de actos o de omisiones; c) relación de causalidad física, directa o indirecta, entre los actos u omisiones y el daño resultante; d) imputación legal del daño sobre quien, por su estado subjetivo de culposidad, produjo el acto u la omisión causales', lo importante aquí es destacar el sustento referido a la imputación legal del daño, punto d), el cual supone la idea del reproche que se hace al autor por no haber observado un deber de cuidado impuesto por la norma jurídica, concepción propia del sistema neoclásico. Además, al analizar a nivel de

culpabilidad datos subjetivos como lo es la relación de causalidad física, punto c), se aparta totalmente del sistema clásico entre cuyas características se encontraba analizar a nivel de culpabilidad única y exclusivamente datos subjetivos. Por todo ello se pueden considerar a Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas como seguidores del sistema neoclásico.

Por su parte Franco Guzmán al referirse a la teoría de la acción finalista señala 'por último, unidos a distinguidos autores, rechazamos la nueva construcción porque al hacer pedazos el concepto unitario de culpabilidad, reduce su contenido a la imputabilidad- que considera como elemento de la misma culpabilidad-, a la conciencia de ilicitud de la acción y según algunos autores, también, a la falta de causas de exclusión de la culpabilidad'. Además a lo largo de su obra, Franco Guzmán demuestra la existencia de elementos subjetivos en el tipo legal, con lo cual se podría ubicar su postura en el sistema neoclásico. Aunque con respecto de éste se aparta irremediabilmente al formular su definición de delito como: 'conducta humana, antijurídicamente típica, culpable y sancionada con pena' y aunque usa el gerundio al referirse a la antijuridicidad, con lo cual se podría pensar que ubica al mismo nivel al tipo y la antijuridicidad, más adelante, propone considerar a la antijuridicidad como *ratio essendi* del delito y al tipo como *ratio cognoscendi*, de lo cual concluye que la antijuridicidad debe ser ubicada sistemáticamente antes del tipo penal.²⁰²

Díaz Aranda hace una crítica sobre la manera en que ilustres penalistas han abordado al delito, acorde con un determinado sistema, destaca la evolución de la ciencia penal en este ámbito el cual debe confrontarse como sistema con otros tan importantes desarrollados para atender este problema, pero cuyas raíces y evolución han dado paso a una teoría donde el enlace causal entre *actus reus* (acto culpable) y *mens rea* (mente culpable) son la materia central de este tema.

²⁰² Díaz-Aranda Enrique. *Dolo (Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México)*, Porrúa, México, 2000, pp. 32-35.

Resulta necesario establecer que, metodológicamente, incluir al dolo dentro del tipo es como puede arribarse a la doble posición del error, tal y como se aborda en este trabajo el problema en comento: visto a través del error de tipo (que ocurre cuando el dolo está integrado en el mismo) y error de prohibición (que ocurre cuando, el sujeto desconoce la ilicitud del acto que realiza).

La ubicación del dolo en este contexto trae aparejado un problema dentro de la casuística, ya que dentro del marco procesal, desde la reforma de 1999, el dolo se estudia al momento de establecer la probable responsabilidad y no durante lo concierne a la determinación del cuerpo del delito. Esto es, deja a un lado la evolución que ha tenido el derecho penal por cuanto hace a este elemento fundamental, como habremos de observar al final del cuarto capítulo.

2.3.3.9.1. Clases de dolo.

Porte Petit, tomando en consideración las clases de dolo estudiadas por la doctrina, formula la siguiente clasificación:

Dolo directo, eventual y de consecuencia necesaria. La razón fundamental de la separación del dolo directo y del eventual, radica en la representación del hecho, dado que la voluntad no puede funcionar independientemente sino en virtud del cómo y de las diversas consecuencias de la realización de la conducta. Dícese que el dolo es directo cuando la voluntad es encaminada "directamente" al resultado previsto,

existiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado: si una persona apuñala a otra y la mata, obrando con *animus occidendi o necandi*, esto es, con voluntad de causar ese resultado típico, comete homicidio con dolo directo.

Para Battaglini el dolo eventual se verifica cuando el agente, a la vez que el evento tenido como fin, se representa, o prevé como posible consecuencia de la propia acción, también un evento penalmente ilícito o diverso que, sin embargo, no evita. "Se tiene entonces la hipótesis de la representación de varios eventos con voluntad limitada a uno de ellos, hipótesis que no puede ser referida al dolo directo, ni a la culpa con previsión". Por su parte, Von Liszt se encarga de distinguir el dolo directo del dolo eventual en los siguientes términos: "el dolo se da incondicionalmente, cuando el autor tiene por seguro la producción del resultado (dolo directo); y se da condicionalmente, cuando el autor sólo lo tiene como posible (dolo eventual); es decir, bajo la condición de que el autor no haya evitado la producción del resultado, pues no había llegado a esta conclusión: 'el resultado no sobrevendrá'. Si el autor espera confiando en su destreza, en su buena suerte, etc., que 'el resultado no sobrevendrá' (piénsese en el caso de Guillermo Tell, en una excursión a un ventisquero)²⁰³, no puede hablarse de dolo. Cuando el agente llega a una conclusión afirmativa ('el resultado se producirá'), o cuando no llega, en suma, a una conclusión, si bien ha previsto la posibilidad de la producción del resultado (golpe con un jarro), existe dolo eventual. El mismo pensamiento puede expresarse con esta regla: existe dolo en caso de representación del resultado como posible, si la convicción de la producción necesaria del resultado no hubiera impedido al autor la comisión del acto (fórmula de Frank)".

²⁰³ Debemos recordar que Guillermo Tell actúa por órdenes del Rey y no por su voluntad. N del A.

La previsión del acontecimiento semeja el dolo eventual y la culpa consciente (con representación), mas como se verá adelante, se distinguen netamente, pues mientras en el primero se acepta el resultado, lo que implica voluntad, en la segunda ni se quiere ni se acepta el mismo, eliminándose la voluntad respecto a la causación del resultado.

Una derivación del dolo directo parece ser el dolo de consecuencia necesaria, que no debe confundirse con el eventual. En efecto, éste consiste, según lo hemos visto, en la previsión de un evento posible, aceptando voluntariamente al no renunciarse a la ejecución del hecho, en tanto en el dolo de consecuencia necesaria, según se ha encargado de destacarlo Jiménez de Asúa, la producción de sus consecuencias no es aleatoria sino irremediable, poniendo como ejemplo el caso del anarquista que queriendo dar muerte a un monarca detestable, que siempre viaja con su secretario particular, arroja la bomba destruyendo el automóvil en que van el rey, su subordinado y el chofer. La muerte de los últimos, concluye Asúa, no deseada por el anarquista, es absolutamente necesaria para el homicidio del magnate, pudiendo imputarse esas muertes no deseadas, pero necesarias para la producción de la querida por el ácrata que lanza la bomba.²⁰⁴

²⁰⁴ Según Soler, el dolo directo se caracteriza por su contenido intencional más o menos claramente dirigido hacia un evento determinado. Dolo directo, dice Ignacio Villalobos, es aquél en que la voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico; es decir, el dolo en que hay interacción, tomada ésta en su propio sentido. Para Cuello Calón el dolo es directo "cuando el agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión, o los resultados ligados a ella de modo necesario; aquí el resultado corresponde a la intención del agente".

El dolo es eventual (indirecto) cuando la representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de ésta, o dicho en otros términos, existe el dolo eventual cuando el sujeto, no dirigiendo precisamente su conducta hacia el resultado, lo representa como posible, como contingente, y aunque no lo quiere directamente, por no constituir el fin de su acción o de su omisión, sin embargo lo acepta, ratificándose en el mismo. Carranca y Trujillo, *Op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 506.

Si nos hemos referido en primer término al dolo directo y al eventual, es porque los mismos son, con toda evidencia, las expresiones más importantes del dolo, pero como lo hemos apuntado, la doctrina se ocupa, igualmente, de los siguientes:

a) Dolo inicial o precedente y dolo subsiguiente: el primero existe, se afirma, cuando el dolo concurre con la realización de la acción o la omisión, aunque no perdure al tiempo de la producción del resultado. Se da el dolo subsiguiente, con posterioridad a la acción u omisión y significa propiamente la complacencia en el resultado. Antolisei denomina, al dolo subsiguiente, dolo sucesivo, y como de él señala el caso de la enfermera que por un fatal equívoco suministra al enfermo una sustancia venenosa y al advertir el error omite, intencionalmente, suministrar el antídoto, pero el propio autor se cuida de advertir que en realidad lo relevante en el caso es la "actividad", la cual surge cuando no se actúa para impedir el evento dañoso, pues el dolo sucesivo no transforma en dolosa la precedente acción inculpable, dado que el delito surge en el momento en que la mujer nada hace para impedir el resultado.

b) Dolo determinado y dolo indeterminado: en el dolo determinado se dice, la intención o la voluntad del agente se encamina con toda precisión a un resultado cierto y concreto, en tanto en el dolo indeterminado la acción está orientada a producir varios posibles resultados y por ello se le denomina igualmente dolo alternativo. Se señala como ejemplo del dolo indeterminado, la intención con que actúa el anarquista que arroja la bomba en un sitio concurrido, ignorando qué concretos resultados provocará (muerte, lesiones, daños, etc.), admitiendo previamente, en su representación la producción de cualquiera de ellos.

c) Dolo genérico y dolo específico. En realidad, no existe consenso en la doctrina respecto a la noción del llamado dolo genérico, pues unos lo hacen consistir en la voluntad de dañar considerada en abstracto, en tanto otros lo identifican con el propósito de causar daño, sin que quede ahí la cuestión: también se le caracteriza por el *animus* o por el motivo particular del agente, etc., razón por la que muchos niegan su existencia al proclamar que sólo existen dolos específicos, que se identifican con las causas del delito. En el parricidio se habla de un dolo genérico de matar y el dolo específico de matar al ascendiente, pero bien examinada la cuestión se verá la intrascendencia de un supuesto dolo genérico, frente a la específica dirección de la voluntad de matar precisamente al ascendiente.

d) Dolo de ímpetu y dolo premeditado. Clasificación propuesta con Carrara y otros autores, quiénes ven el dolo de ímpetu concurriendo en el sujeto que comete el delito impulsado por un estado pasional (pasión ciega) que disminuye al mínimo la deliberación y excluye la perseverancia en el propósito. En cambio, el dolo premeditado precisa un intervalo más o menos importante entre el momento de la decisión y el de la ejecución, caracterizándose por la perseverancia del querer motivado y la frialdad de ánimo (*frigidus pacatoque animo*).

e) Dolo de daño y dolo de peligro. Consiste el primero en querer causar daño, ya lesionando o destruyendo el bien jurídico contra el que va encaminada la conducta delictiva del autor. El dolo de peligro es el dolo peculiar de los delitos de peligro, pues en él el autor quiere la simple amenaza del bien jurídico. El dolo de peligro ha sido negado por algunos, pues se piensa que en el querer dirigido a causar el daño o lesión

a determinado bien, el peligro al mismo constituye un grado inferior, resultando evidente que a la lesión misma precede el peligro.

La importancia sobre el conocimiento de las clases de dolo habrá de ser útil al momento de resolver cuestiones en las que se involucra el dolo general o genérico.

2.4. Atipicidad.

El Dr. Celestino Porte Petit expone la fórmula para determinar la ausencia de tipicidad, es decir, en concreto la falta de las calidades requeridas por la ley: *Nullum crimen sine tipo*. Aceptado en nuestro derecho el dogma *nullum crimen sine lege* y correlativamente el de que no hay delito sin tipo legal al que corresponda la acción (*vid.* núms. 78 y 81), puede afirmarse que la tipicidad es elemento constitutivo del delito y que sin ella no sería inculparable la acción.

Para el tratadista Jiménez de Asúa, son causas específicas de atipicidad:

- a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo;
- b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo;
- c) Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos;

- d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo;
- e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley, y
- f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.²⁰⁵

Ante la falta de un elemento del tipo, queda excluida la posibilidad de integrar el delito.

2.5. Tipo del error y tipo sistemático.

Para arribar a las conclusiones de atipicidad por falta de alguno de los elementos constituyentes del tipo debemos establecer que debe existir un conocimiento previo y válido sobre los mismos, basándonos en una teoría cierta y en una dogmática que garantice la apreciación del tipo en su conjunto sin vulnerar derechos del justiciable.

Estas teorías deben ser videntes, sin embargo no se puede seguir a ciegas una dogmática que no es aplicable al lugar donde ocurre el ilícito penal. No atender a las circunstancias que le dan origen al Derecho Penal objetivo, desvía el estudio hacia una

²⁰⁵ Porte Petit, *Op. cit.*, *Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal...* p. 370.

creación y aplicación de normas penales de dudosa validez. El Dr. Franco Guzmán escribe:

Contra el concepto causal de acción y la tesis que afirma una antijuridicidad objetiva, la teoría finalista postula que la conducta humana en el delito es ilícita no porque ha realizado la situación que reprueba el Derecho, sino porque es la actuación reprochable de una voluntad dirigida a causar tal situación; de este modo, la ilicitud de la acción se encuentra prevalentemente en su propio desvalor. Y el dolo, considerado como parte integrante de la acción, también es calificado como el elemento general subjetivo de la antijuridicidad que se presenta invariablemente en todos los delitos dolosos. De esta manera, el dolo es separado de la culpabilidad, al que se asignan las más variadas funciones: como factor que plasma el aspecto objetivo de la acción, el dolo es, en el estadio de realización de la voluntad, el objeto esencial del juicio de antijuridicidad, mientras que en el grado precedente a la formación de la voluntad, se vuelve objeto del juicio de culpabilidad. No obstante este desdoblamiento del más característico elemento de culpabilidad la teoría finalista sostiene que tanto la formación de la voluntad como su realización (auténticos grados del dolo), constituyen una unidad indivisible.²⁰⁶

El estudio sobre la antijuridicidad así como de la culpabilidad debe satisfacer el cumplimiento de los extremos requeridos en ambas figuras a fin de considerar que no ha habido error o ignorancia que pueda operar a favor de un justiciable. Patricia Laurenzo Copello nos da luz sobre este particular cuando escribe:

Trasladadas estas consideraciones al campo del dolo, ello significaba que el elemento psicológico decisivo debía ser aquél que justificara y diera sentido a la respuesta penal propia de esa clase de delitos. Y dado que la pena necesariamente debía fundarse en el respeto a la dignidad y personalidad del

²⁰⁶ Franco Guzmán, Ricardo, *La Subjetividad en la ilicitud*, Cajica, México, 1959, pp. 86 -87.

delincuente, esto es, en la retribución, la balanza se inclinaba hacia el acto de voluntad. El conocimiento no podía fundamentar la culpabilidad porque de él no se deducía aún una posición personal del sujeto frente al resultado. Sólo la voluntad era capaz de reflejar esa actitud interna anímicamente arraigada.

El fundamento del dolo se encontraba, pues, en la voluntad del resultado, aunque obviamente ello no excluía la exigencia del conocimiento. Este último constituía el punto de referencia del acto de voluntad, el presupuesto necesario para que pudiera considerarse (querido) el efecto de la acción.

De esta determinación previa sobre la esencia del dolo, se deducían, a su vez, los elementos psicológicos que lo constituían. Consecuente con sus puntos de partida, Mezger exigió, junto al conocimiento, un momento psicológico de *consentimiento* efectivo del resultado, circunstancia ésta que no sólo cabía afirmar cuando el sujeto se hubiese planteado el resultado como fin del comportamiento (dolo directo), sino siempre que lo hubiese integrado a su voluntad, esto es, que se hubiese representado así mismo como causa del resultado.

Llegados a este punto, corresponde preguntarse por los criterios que ideó Mezger para la prueba de aquel consentimiento, una pregunta que nos conduce de inmediato al terreno siempre discutido del dolo eventual.

Nuestro autor utilizó aquí una fórmula que de un modo u otro ya hemos visto en apartados anteriores: debía afirmarse el consentimiento y, por tanto, el dolo eventual, si a la vista de todos los motivos y fines que el sujeto pretendía con su conducta, cabía concluir que había preferido ejecutar la acción antes que evitar sus posibles consecuencias negativas. Pero, ¿en qué datos concretos debía fundarse esa conclusión? De los ejemplos propuestos por Mezger surgen dos criterios esenciales. En primer lugar, se excluía el consentimiento si el autor había tomado medidas para la evitación del resultado o creía poder evitarlo por el modo concreto de actuar elegido. En estos casos debía partirse de la confianza en su no producción y, consecuentemente, de la culpa. Pero si no existían tales

componentes y, conforme a las circunstancias del caso, el desarrollo del suceso quedaba librado a la causalidad, lo decisivo era el grado de probabilidad representado. El mero {deseo} de no alcanzar el resultado, en cambio, carecía de toda relevancia si no iba acompañado de una base fáctica que permitiera sustentarlo.

Las diferencias entre el dolo y la culpa se trazaban entonces, por lo que se refiere a sus elementos psicológicos, a partir de la voluntad del resultado expresada al menos en la forma de consentimiento y, en lo relativo a la prueba, por las medidas de evitación tomadas por el agente o, en su caso, por el grado de probabilidad del que éste partía.²⁰⁷

En ese aspecto interno radica la posibilidad de determinar al sujeto a cometer un ilícito penal, en la representación y en la capacidad de juicio de que lo que va a realizar es indebido o bien sancionado por las leyes penales.

2.6. El tipo penal de los delitos culposos.

Dentro de los componentes que dan lugar a la existencia de la culpa está la comisión de un acto, del que no se espera un error y que, sin embargo éste acontece, debido a la impericia, irresponsabilidad o negligencia del sujeto.

Carrancá y Trujillo establece un concepto: "Se afirma la existencia de culpa cuando la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes impuestos

²⁰⁷ Lorenzo Copello, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, (Tirant Monografías), Valencia, 1999, pp. 61 - 64.

por la ley, es reprochable en virtud de la inobservancia de la prudencia, atención, pericia, reglas, órdenes, disciplinas, etc., necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la ley como delictuosos.²⁰⁸ A partir de estas ideas surgen de manera independiente diversas teorías sobre la culpa, que vale la pena enunciar, pero que no habremos de detenernos por el momento en ellas, debido a que su estudio rebasa los caminos de la presente investigación y que como hemos señalado, ya en la culpa el error está presente. Dichas teorías son:

Teorías de la previsibilidad

Teoría de la imprudencia o negligencia

Teoría de la causalidad eficiente

Teoría de la culpa como un defecto de la inteligencia

Para decidir la naturaleza de la culpa, los argentinos, señala Jiménez de Asúa se basan primordialmente en la primera de las teorías enunciadas, pero es Pacheco en España quien define el fundamento de esta opción al establecer que no se le hará cargo a alguien sobre aquello que no pudo prever, pero sí por lo que cualquiera hubiera previsto. El italiano Enrico Altavilla escribe:

La palabra *culpa* debe entenderse en el significado técnico que le da nuestro Código, al referirse a especiales tipos de delito, para la integración de cuyo elemento subjetivo no se requiere la intención, pues basta una conducta simplemente voluntaria, o también una conducta que de alguna manera se oponga a preceptos particulares ya codificados o a normas impuestas por la común prudencia y pericia.

²⁰⁸ Carrancá y Trujillo, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano*, p. 405.

Hemos querido advertir esto, porque algunos tratadistas, al hablar de *culpabilidad*, emplean la palabra "culpa" (*Schuld*) en sentido amplio, que permitiría referirnos al elemento subjetivo de cualquier clase de delito.²⁰⁹

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo señala el conjunto de elementos que considera constitutivos de la culpa, detallándolos de la siguiente manera:

- a) Una conducta voluntaria
- b) Un resultado típico y antijurídico
- c) Nexo causal entre la conducta y el resultado
- d) Naturaleza previsible y evitable del evento
- e) Ausencia de voluntad del resultado
- f) Violación de los deberes de cuidado.

Para el Doctor Franco Guzmán, los elementos de la culpa los podemos encerrar en una nota positiva y otra negativa. Es decir, sintetiza los elementos, fundándose en la esencia del elemento en estudio. Así, nos señala que la nota negativa consiste en que el sujeto no quiere producir el resultado aun cuando se lo puede representar. La nota positiva se conforma cuando el sujeto realiza su conducta que puede ser acción u omisión en alguna de las formas siguientes: falta de cuidado, impericia, irreflexión, imprudencia, imprevisión y negligencia.

La culpa se clasifica en consciente, llamada también con representación o previsión e inconsciente, denominada igualmente sin representación o sin previsión.

²⁰⁹ Altavilla, Enrico, *La Culpa*, reimpresión de la 4ª ed., Temis, Bogotá, 1999, pp. 1 - 2.

Existe culpa consciente cuando el sujeto ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan. La culpa es consciente, dice Cuello Calón, cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán.

Para Mezger hay culpa consciente cuando el sujeto autor ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se producirá, en tanto Maggiore la define como el actuar previniendo un efecto, sin voluntad de que el mismo se verifique. En fin, Soler la identifica como aquella en que el evento es previsto como posible, pero no querido y, además, el sujeto espera, infundadamente, que no ocurrirá.

Por lo contrario, se está en presencia de la culpa inconsciente (sin representación) cuando el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de prevenirlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

Altavilla aborda lo relativo a la previsibilidad, elemento esencial en la culpa y de total importancia para determinar la vencibilidad del error, del siguiente modo:

Prever significa proyectar un juicio en el porvenir, pronosticando que de nuestra conducta se seguirá determinado resultado, con relaciones de causa a efecto.

La *previsibilidad*, que es elemento constitutivo, como veremos, del elemento subjetivo de todo delito culposo, debe distinguirse de la *previsión*, que ejerce la simple función de agravante.

La Casación ha dicho: 'La previsibilidad consiste en la posibilidad genérica que un hombre de mediana inteligencia y cultura, en un lugar dado y en determinado momento histórico, tiene para prever el resultado como consecuencia de su propia conducta; y en cambio, la previsión consiste en representarse efectivamente, de parte del agente, en un caso específico, el resultado como probable'. De ahí que podamos afirmar con Paoli. 'El resultado puede ser previsibilísimo sin estar previsto, o también puede ser difícilmente previsible a pesar de estar previsto'. En efecto, la previsibilidad se refiere a una posibilidad abstracta, que a su vez debe referirse a un criterio medio; y la previsión se refiere a una situación concreta de la conciencia del agente, en el momento del delito. Esta situación presenta grandes dificultades para la comprobación judicial, pues se convierte en un fenómeno interior que no se revela por notas externas. Pero esto no puede llevarnos a querer remplazar el criterio de 'probabilidad de la realización del resultado' por el de 'previsión', como pretendía Cocurullo.

Ciertamente merece aplausos la agravante contenida en el proyecto de Ferri, de 1921: Haber ocasionado el daño en circunstancias que lo hagan muy probable y 'fácilmente previsible'; pero con ella tendríamos dos agravantes, pues no debemos confundir dos conceptos distintos.²¹⁰

En su momento, al abordar el problema del error en materia penal, de modo igual tendremos que enfrentar la invencibilidad del mismo. Lorenzo Copello escribe:

Pero, ¿Cuál era entonces el criterio decisivo para trazar el límite con la culpa en los casos de resultados no directamente intencionales? La respuesta nos la da el propio Welzel: <la pertenencia de una consecuencia accesoria a la voluntad de realización (dolo) depende, en los hechos, únicamente de un elemento 'cognoscitivo', esto es, del conocimiento o el contar con que la consecuencia accesoria forma parte del medio o del fin a realizar>.

²¹⁰ Altavilla, Enrico, *Op. cit. La Culpa*, p. 4.

Desde luego se trata de una respuesta totalmente consecuente con el contenido ontológico de la acción finalista. Porque es precisamente la capacidad de *previsión* de los sucesos lo que convierte a la actividad humana en un factor configurador de la realidad. La voluntad de realización llega hasta donde alcanza la previsión, lo que quiere decir, por un lado, que todo lo que escapa al conocimiento se convierte en mera causación mecánica ajena a los contenidos de sentido y, por otro —o al menos así debería ser—, que todo lo previsto se incorpora a la dirección final de la conducta y, consecuentemente, a la voluntad. De ello debería deducirse que la exigencia de <contar con> el resultado no implica añadir ningún elemento ajeno al conocimiento; que se trata, por decirlo de otro modo, de la forma del conocimiento que caracteriza al dolo eventual.

Esta íntima relación que se deduce de la concepción finalista entre el contenido y alcance de la voluntad configuradora y las previsiones del agente explica a su vez, las serias dificultades que encontraron Welzel y sus seguidores para dotar de contenido a la *culpa consciente*. De hecho, algunos críticos consideraron una inconsecuencia el mantenimiento de esta categoría en el contexto de una tesis que pretendía hacer coincidir el dolo con el alcance de la voluntad de realización ya que, desde una perspectiva estrictamente ontológica, parecía claro que <si a pesar de la representación de las posibles consecuencias no deseadas, el autor dirige su actividad al fin deseado, entonces también el resultado no deseado se incorpora desde el principio al ámbito de esta dirección (final) y, por eso, si se produce, es la 'obra' del autor y no sólo la consecuencia de una causalidad ciega>. Por lo tanto, concluían los críticos, no quedaba otro camino que admitir la absorción de la culpa consciente por el dolo eventual.

Para eludir esta insatisfactoria consecuencia, Welzel acudió a una distinción de planos en el proceso de formación de la voluntad que, a su entender, permitía mantener una cierta compatibilidad entre la representación del resultado y la confianza propia de la culpa consciente. Así, mientras la previsión de la posibilidad del resultado se encontraría en el plano intelectual —cognitivo, en consecuencia—, la confianza desplegaría sus efectos en el plano estrictamente

volitivo, en la decisión de actuar. <...la 'confianza en la no producción del resultado' –dice Welzel– es una actitud volitiva en el momento de actuar que intelectualmente comprende la representación del peligro, pero que, desde el punto de vista volitivo (en la toma de la decisión), excluye la realización del riesgo>.

Estas palabras no parecen dejar dudas sobre la caracterización de la <confianza> propia de la culpa como una actitud volitiva independiente de la previsión y añadida a ésta. Sin embargo, esa claridad se desvanece en cuanto atendemos a las exigencias que impone Welzel a aquella confianza para concederle relevancia como elemento excluyente del dolo. Porque, en su opinión, sólo cuando el autor tiene *razones* –sea por su experiencia, su cuidado, etc. – para confiar en que podrá dirigir el suceso de modo tal que el resultado se evitará, habrá de negarse el dolo eventual. Es decir, cuando los *conocimientos* previos de los que dispone le permitan creer fundadamente en la posibilidad de evitar el resultado. De este modo, los conocimientos del agente que, como vimos, jugaba un papel esencial en el ámbito del dolo, adquieren otra vez protagonismo desde la perspectiva de la culpa, llegándose a una simetría entre los criterios distintivos de las dos formas de injusto. <Contar con> el resultado o <confiar> en que no se produzca se convierten en pautas complementarias y al mismo tiempo excluyentes entre sí: <Quien cuenta con la producción de la consecuencia accesoria –decía nuestro autor– puede desear pero no confiar en que no se producirá. En sentido contrario, la falta de confianza en la no producción de la consecuencia accesoria significa, por regla general, que el autor cuenta con su producción>.

Tal vez por eso tiene sentido que en algún momento Welzel reconociera que la peculiaridad de la culpa (consciente) residía en la presencia de un *error* sobre el curso causal, es decir, un supuesto en el que la voluntad causante no fue

determinada por la previsión correcta del suceso, sino <por la creencia errónea en otro curso causal>.²¹¹

Como lo señalamos líneas arriba, el error se encuentra inmerso en esa conducta, que, a título de culpa ha cambiado el curso causal de las cosas, cuando dicho acontecer es previsible, por lo que dicha circunstancia no es eximente ni puede argumentarse a favor del justiciable. El error, según nuestra tesis debe atender de manera primordial a aquellas conductas que se imputan dolosas. Al referirse a la llamada culpa consciente como un supuesto de error, Lorenzo Copello expone:

Las conclusiones alcanzadas en los apartados anteriores ponen de manifiesto la trascendental importancia que, incluso desde las teorías de la voluntad, adquiere el elemento cognoscitivo a la hora de establecer el campo del dolo eventual. Sin embargo, no basta con verificar las inconsecuencias de otras tesis para justificar la postura contraria. Veamos, entonces, qué argumentos cabe exponer desde la perspectiva de una teoría pura del conocimiento de cara a etudir la rechazable ampliación del dolo en detrimento de buena parte de la imprudencia.

Ante todo, debo dar la razón a quienes afirman que una teoría pura del conocimiento es incompatible con la existencia de culpa consciente si por tal se entiende una situación subjetiva excluyente del dolo en la que, sin embargo, el sujeto capta íntegra y correctamente en su conciencia la auténtica magnitud del riesgo creado por la acción y éste reúne, en el plano objetivo, las condiciones adecuadas para la imputación objetiva del resultado. El motivo es sencillo: dado que en estos casos las circunstancias objetivas informan sobre la situación de total inseguridad en que la acción coloca al bien jurídico y el sujeto lo sabe, tan sólo cabría fundamentar la ausencia de dolo mediante el recurso a una actitud anímica independiente de las posibilidades de control sobre el suceso, criterio

²¹¹ Lorenzo Copello, *Op. cit.*, *Dolo y conocimiento* ..., pp. 85 -87.

éste que resulta totalmente ajeno al fundamento hallado para explicar la mayor punición del delito doloso.

Pero este reconocimiento no implica todavía modificación alguna en las fronteras habitualmente admitidas entre dolo y culpa porque, como hemos visto, tampoco las teorías volitivas –o, al menos, la mayoría de ellas– se muestran dispuestas a traspasar aquellos límites. Para eso precisamente se acude a la exigencia de una base racional en la confianza dirigida a deslindar el querer de la simple esperanza, de modo tal que la conexión voluntaria con la realización del tipo sólo se considera excluida cuando el sujeto reconoce posibilidades de control del suceso –sea por sí mismo o a través de terceros– suficientes para que la producción del resultado no aparezca librada exclusivamente a la suerte. Así las cosas, la única diferencia entre esta postura y las conclusiones de las tesis puras del conocimiento reside en el modo de fundamentar ese alcance restringido del criterio delimitador de la culpa consciente.

Sin embargo, el estudio efectuado en apartados anteriores ha demostrado que ni siquiera en este último aspecto existe una diferencia sustancial. En todo caso, la peculiaridad de una teoría del conocimiento se encuentra en su decisión de hacer explícita una consecuencia que la posición mayoritaria ya reconoce implícitamente, esto es, que la llamada culpa consciente encierra siempre un supuesto de error de tipo y es, por tanto, estructuralmente equivalente a la tradicional culpa sin representación. Me explico.

Nadie discute en el ámbito doctrinal que los componentes del dolo –sean cuales fueren– deben concurrir en el momento de realización de la acción, idea que, en lo relativo al conocimiento, se traduce en la exigencia de la *conciencia actual* de la posible realización del tipo. Téngase en cuenta que no se trata de conocer la simple aptitud genérica de la conducta para originar peligros indeterminados para los bienes jurídicos abarcados por la correspondiente norma penal, sino de la representación de un riesgo concreto, inmediato, para un objeto de tutela específico, cuya integridad se ve directamente amenazada por la

acción. En otros términos, el conocimiento requerido para el dolo exige que, conforme a las circunstancias del caso, el sujeto parta de que su conducta lleva implícito el peligro directo de realización del tipo.

Pues bien, conforme a las teorías del conocimiento, eso es suficiente para admitir la presencia de un hecho doloso. Pero esta afirmación no significa que el dolo necesariamente concorra en todos los casos en los que el autor ha pensado en la posibilidad de desencadenar la realización del riesgo. Puede suceder que mediante una evaluación racional –aunque equivocada– llegue a la conclusión contraria o, lo que es igual deseché esa posibilidad basándose en un conocimiento experimental que le ofrece bases <creíbles> para esperar una buena salida. Como bien afirma Stratenwerth, en supuestos de esta clase, el sujeto conocerá el peligro genérico pero no lo <reconocerá> como componente de su propia acción, dejando así de <contar con> él.

En definitiva, la tradicional categoría de la culpa consciente se presenta entonces como un clásico supuesto de error, aunque no en la vertiente de simple ignorancia de un elemento del tipo –en nuestro caso las condiciones y magnitud del riesgo–, sino en la forma de evaluación equivocada de ese dato objetivo, en suma, como sostiene Kindhäuser, se trata de un supuesto en el que el sujeto supone erróneamente que el hecho está bajo control y el resultado se evitará.

La llamada culpa consciente sólo se diferencia pues de la inconsciente porque el error no descansa sobre el mero desconocimiento del peligro, sino sobre un juicio desacertado de las consecuencias concretas de éste. Pero esa diferencia no impide que ambas confluyan en una única idea central: la peculiaridad de la culpa frente al dolo –incluso de la llamada culpa “consciente” –reside siempre en la ausencia del conocimiento mínimo necesario para fundamentar el juicio de desvaloración preferente y más grave del Derecho penal, esto es, el juicio sobre el que se asienta la punición del delito doloso.

Así vistas las cosas, los límites entre dolo e imprudencia permanecen inalterables. La única diferencia con la doctrina mayoritaria se encuentra, en

puridad, en lo poco que queda de *consciente* en la culpa con representación: su peculiaridad sólo consiste en que el sujeto no ha ignorado por completo el peligro. Pero el conocimiento restante no es suficiente para una imputación a título de dolo. Y ello sencillamente porque al evaluar de forma equivocada las posibilidades de control del suceso, no parte de la concurrencia de un riesgo directo e inmediato de producción del resultado o, si se prefiere, no es consciente de crear con su acción una situación de total inseguridad para el bien jurídico.

Estas ideas presentan además la ventaja de unificar bajo un único criterio el fundamento de la exclusión del dolo: éste siempre se producirá por la presencia de un error sobre algún elemento del tipo. En la culpa inconsciente ese error proviene de la ignorancia y, en la consciente, de la evaluación inadecuada de un riesgo que se podía haber captado en su auténtica dimensión. En eso reside precisamente la <figereza> característica de la culpa.

En conclusión: la llamada culpa consciente constituye un caso de error de tipo vencible y, como tal, responde a la lógica propia del componente cognoscitivo del dolo. Para distinguir dolo eventual de culpa consciente no es preciso añadir ningún elemento adicional.²¹²

Resulta claro que si la representación existe, la distinción radicaré en el querer que ocurra el resultado, distinguiendo con ello la posibilidad del dolo eventual en donde el componente esencial es la dirección de la voluntad.

²¹² Lorenzo Copello, *Op. cit.*, *Dolo y conocimiento*..., pp. 287 – 292.

2.7. La culpabilidad.

La culpabilidad, una vez despojada del dolo, se sostiene con el juicio de reproche basado en el conocimiento que tiene el sujeto de que el acto que realiza es de naturaleza antijurídica. Una vez superado el presupuesto de la imputabilidad, es necesario revelar el grado de conocimiento que tenía el sujeto al momento de realizar el injusto, de modo tal que sea el presupuesto directo para lo que denominamos el error de prohibición. Pavón Vasconcelos escribe:

La conducta desplegada por un sujeto, implica la existencia de aspectos volitivos y psíquicos que deben estudiarse a fin de discernir si éste ha actuado de tal modo que se le pueda atribuir el resultado de dicha conducta. A este respecto, el Dr. Franco Guzmán, afirma que la conducta "no es más que manifestación de voluntad extrínseca en acciones y omisiones" y aludiendo a los elementos de aquélla los concreta en uno físico, o sea la realización material de dicha conducta, y otro psíquico, consistente en la atribuibilidad a su autor.²¹³ El penalista mexicano Fernando Castellanos Tena, al abordar el tema de la imputabilidad, expresa que "Para que un individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; la aptitud (intelectual y volitiva) constituye la imputabilidad."²¹⁴ Pero dicho concepto nos remite a una capacidad y no al hecho mismo de que se haya tenido conocimiento.²¹⁵

²¹³ Pavón Vasconcelos, *Imputabilidad e inimputabilidad*, 3ª ed., Porrúa, México, 1993, p. 29.

²¹⁴ Castellanos Tena, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 2ª ed., Porrúa, México, 1989, p. 203.

²¹⁵ Por su parte el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, señala que: Para que la acción sea inculpa, además de antijurídica y típica ha de ser culpable. 'Ahora bien, sólo puede ser culpable el sujeto que sea imputable'. Esto es, que para que una conducta en su doble aspecto, acción u omisión, pueda ser atribuida a un sujeto, debe demostrarse el elemento psíquico de la conducta que lo ligue a su acto.

Pero estos conceptos nos llevan al momento de tomar una posición respecto de un elemento que va aparejado en su tratamiento: la imputabilidad. El doctor Franco Guzmán explica:

Ahora tenemos que hacer la siguiente precisión en el delito. Se discute el papel que juega la imputabilidad, con relación a la culpabilidad. Primero se presenta el problema que tiene la imputabilidad con relación a la culpabilidad, primero se presenta el problema de cuál es el papel que tiene la imputabilidad, en otras palabras se estima pertinente hablar de la imputabilidad en su relación con la culpabilidad.

a) La imputabilidad ha sido observada de distinta forma por los autores, así unos consideran que la imputabilidad es una calidad o característica del delincuente, y como tal debe estudiarse dentro de la teoría del delincuente, del sujeto.

La imputabilidad, es una calidad del sujeto, es la capacidad de querer y entender las cosas.

b) Otros dicen que la imputabilidad es un presupuesto del delito,

c) La imputabilidad es un elemento del delito, que es la teoría hexatómica.

d) La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad.

e) otros dicen que el elemento de la culpabilidad es la imputabilidad.

Imputar es poner una cosa en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin este alguien; y para el Derecho Penal sólo es alguien aquel que, por sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad. Ahora bien, por voluntad se entiende en las escuelas liberoarbitristas, la libertad de elegir, que con la libertad de obrar es lo que se ha llamado concurso de la voluntad (Carrara); en las escuelas deterministas, aun reconociéndose como base de la imputabilidad el conocimiento y la previsibilidad del hecho, se entiende la conducta humana determinada por fines antisociales, ajenamente en todo al libre albedrío, cuestión abstracta que no interesa pues lo único que importa a la sociedad humana es si la conducta causó el hecho objetivo voluntariamente o no, a fin de adecuar el tratamiento al sujeto. Será, pues, imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana. Carranca y Trujillo, *Op. cit., Derecho Penal Mexicano...*, p. 431.

Entonces estas son las distintas formas de considerar a la imputabilidad y la culpabilidad.²¹⁶⁻²¹⁷

Finalmente, los penalistas principalmente italianos relacionan con mayor amplitud la imputabilidad, bien con el delito en su totalidad, bien con la capacidad jurídica general, de modo que la imputabilidad sería la capacidad jurídico penal. Quizá se ven obligados a ello por el concepto de imputabilidad que da el artículo 85 del Código Penal italiano: *Capacità di intendere e di volere*.²¹⁸

Para Díaz Palos, señala Román Quiroz: "la imputabilidad es un presupuesto y no un elemento integrante de la culpabilidad. Su adhesión es manifiesta al criterio de la "mismidad" como norte orientador en el deslinde de la atribución e imputación. Sin embargo, no constituye un presupuesto meramente, psicológico, sino de índole empírico-valorativa. Y pese a que sirve de puente o enlace al estudio del delincuente, no por ello debe de emigrar del tratado de delito, dada su íntima vinculación con la

²¹⁶ *Apuntes de cátedra de Teoría de la Culpabilidad*, Dr. Ricardo Franco Guzmán, Posgrado de la Facultad de Derecho, 15 de febrero de 2001.

²¹⁷ Con esta rápida aproximación a la naturaleza de la imputabilidad, El Dr. Franco Guzmán recoge, en orden, los distintos sistemas penales que han abordado el tema desde el sistema clásico hasta el sistema finalista de la acción.

²¹⁸ Schünemann escribe: "Como último caso singular, haré mención a la denominada <teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas> en el error sobre el tipo de permisión. En este planteamiento se manifiestan claramente las antinomias semánticas y la desidia propias del concepto tradicional de culpabilidad que identifica esta categoría con el desvalor de la actitud interna. Los partidarios de la concepción tradicional no describen la culpabilidad en un sentido preciso como evitabilidad individual del comportamiento socialmente dañoso, sino como un vago desvalor de la actitud interna. Ello les lleva a creer (en palabras de Jescheck) que, en caso de error sobre el tipo permisivo, es posible afirmar el dolo típico y, a la vez, negar el desvalor de la actitud interna propia del dolo. Sin embargo, con este <despertar> de los componentes de la actitud interna, se reimplantan de manera confusa reliquias del concepto psicológico de culpabilidad en el concepto normativo de culpabilidad. A ello se oponen muchos argumentos que yo mismo he expuesto anteriormente y que no es preciso repetir aquí, en todo caso, con tales construcciones *ad hoc* sólo se puede desacreditar el imponente producto que la dogmática penal alemana ha elaborado en los últimos cien años mediante la explicación del concepto de culpabilidad." *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Civitas, Barcelona, 2000, pp. 127 - 128.

culpabilidad. De ahí el concepto de la imputabilidad como capacidad de conocer y de dirigir la acción en sentido antijurídico, propio de la imputabilidad."²¹⁹

La Doctora Verónica Román toma como punto de partida para apoyar sus consideraciones, los trabajos realizados por el tratadista Jiménez de Asúa, de ahí que utilice la palabra "mismidad" (acto de uno mismo) por la que optó el penalista español en sustitución de la *suitas* italiana. La doctora Román señala:

Jiménez de Asúa estima que debe de conocerse en qué consiste la capacidad, para que la imputabilidad resultante de ella sea presupuesto de la culpabilidad. Afirma que la imputabilidad es psicológica y, por ende, la capacidad en que consista ha de ser psicológicamente concebida.

Es preciso que el agente tenga conciencia de la antijuridicidad tipificada de su acto y que realice éste voluntariamente. La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad tiene que satisfacer esas exigencias. Su definición se sitúa en un plano puramente psicológico, repudiando el aspecto teológico basado en el libre arbitrio y responsabilidad moral, como la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente.²²⁰

El penalista mexicano, Vela Treviño, se adhiere a esa concepción e indica que la imputabilidad no puede estimarse como anterior o ajena al delito, "sino formando parte del propio concepto del delito y contemporánea con él", resulta por ello fundamento para el juicio de reproche, relativo a la culpabilidad de que el sujeto es imputable y, consiguientemente, la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

²¹⁹ Román Quiroz, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, Porrúa, México, 2000, p. 9.

²²⁰ *Ibidem*, p. 20.

"Es decir, un hecho que revista los caracteres exteriores de delito no entran dentro de la esfera del Derecho Penal, sino en cuanto lo que una persona haya realizado exteriormente se halle ligado con una disposición de su voluntad no armonizable con las exigencias del Derecho. Solamente bajo este supuesto es como resultado exterior puede ponerse en sentido jurídico a cargo de su autor, o lo que es igual, serle imputado. Dicho acto de imputación constituye el punto central de las funciones del juez penal."²²¹

Welzel señala: Culpabilidad es "reprochabilidad" de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto "culpabilidad de voluntad": Solo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad: Así en cuanto a sus facultades y predisposiciones -todo aquello que el hombre simplemente "es"-, ya sean valiosas o mediocres (desde luego pueden ser valoradas), solo aquello que él hace con ellas o como las pone en movimiento en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas o cómo hubiera podido o debido ponerlas en movimiento, le puede ser tomado en cuenta como "mérito" o reprochado como "culpabilidad".²²²

Como lo veremos más adelante Muñoz Conde define a la imputabilidad como *capacidad de culpabilidad*. Bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.) Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad.

²²¹ *Ibidem*, pp. 22-23.

²²² Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, 4ª edición castellana, de la 11ª edición original, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 167.

2.7.1. Nuestra posición.

La imputabilidad es considerada entre otras formas como un presupuesto de la culpabilidad. Este último elemento, visto desde sus bases subjetivas, requiere de una voluntad dirigida que pueda preconcebir y determinarse, por lo que dichas capacidades sólo pueden darse de manera inobjetable en quienes pueden entender y querer las cosas. Siendo necesaria la confirmación que la imputabilidad se dirige a todo aquel que puede ser sometido a juicio de reproche. Involucra a todo aquel que puede hacer suyo un acto de voluntad. La imputabilidad no tiene que ver tanto con el delito como con el sujeto que despliega una conducta que pudiera ser reprochable, por lo que nos adherimos con el pensamiento que considera a la imputabilidad como presupuesto de culpabilidad. Pues no podemos entrar al estudio de la representación de un hecho, si el sujeto no tiene siquiera la capacidad de entender que es la representación en los términos de la teoría de la culpabilidad.

Antes de entrar al concepto de la Culpabilidad, Luigi Ferrajoli, en su ensayo *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*²²³, destaca que la aparición de este elemento en el Derecho penal, supone la división entre un derecho primitivo y uno moderno.²²⁴

²²³ 4ª ed., Trotta, España, 2000.

²²⁴ Cfr. *Op. cit.*, p. 487.

En amplio sentido la culpabilidad ha sido estimada como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica", "comprendiendo por ello a la imputabilidad, mientras en sentido estricto, como lo observa Welzel, culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de disvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable. Desde este punto de vista la libertad de voluntad y la capacidad de imputación, en suma, la imputabilidad, constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el reproche supone necesariamente libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad."²²⁵

Esto es, el sujeto resulta reprochable en tanto conoce la naturaleza del acto que realiza. Por su parte Jiménez de Asúa en su libro, *La Ley y el Delito* establece lo siguiente: "A nuestro juicio, es preciso resucitar esa noción de imputabilidad que creyeron haber enterrado los positivistas, concebida como presupuesto, como capacidad penal, (de 'acción', dijo Binding, tal vez erróneamente²²⁶). La imputabilidad psicológica es, por tanto, la facultad de conocer y valorar el deber y de determinarse espontáneamente, según la concibe Max Ernesto Mayer."²²⁷ En su libro sobre la Culpabilidad, Reyes Echandía apunta lo siguiente:

Aunque el concepto de culpabilidad tal como hoy lo entendemos, en sentido general, es relativamente reciente, ya los romanos, por lo menos desde Cicerón, se referían a él en términos no muy desacertados, como se desprende de la siguiente definición: '*Culpa enim est nomen generis, quod continent non modo quidquid negligenter peccatum est sed et dolose et malitiose*'.

²²⁵ Carrancá y Trujillo, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano*..., p. 362.

²²⁶ al respecto debemos remitirnos a lo que establece Maurach en el libro de Díaz Palos p.22, donde se establece que la imputabilidad no debe ser considerada como una capacidad de actuar.

²²⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal, La Ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990, pp. 353-354.

Sin embargo, lo usual era –al menos hasta comienzos del presente siglo y en algunos países latinoamericanos hasta hace pocos lustros- que se hablara simplemente de dolo y de culpa como entidades más o menos autónomas solo identificables, a la manera de aspectos o elementos subjetivos del delito, pero sin vincularlas a una entidad jurídica más amplia que las comprendiese.²²⁸

Es Reyes Echandía quien hace el resumen y limitación sobre el tema expuesto por Jiménez de Asúa en el tomo V de su tratado de Derecho Penal en lo relativo tanto al concepto de culpabilidad como al de las teorías que sobre la misma se han ido fraguando y en esos términos indica "Decíamos que aunque la palabra culpabilidad se ha impuesto en el derecho penal, su significación jurídica no ha logrado unidad conceptual en la doctrina ni en la jurisprudencia, y como es natural, tampoco en los códigos..."²²⁹

En nuestros tiempos destaca la figura de Claus Roxin quien a su vez hace una partición de la teoría de la culpabilidad estableciendo lo que transcribimos a continuación:

Vamos a tratar aquí la teoría que Mezger ha llamado de los 'niveles de la culpabilidad', y que últimamente suele denominarse como 'Teoría limitada de la culpabilidad'. Esta teoría observa claramente los límites de los tres niveles de culpabilidad y somete a los dos primeros grupos a la pena más grave

²²⁸ Reyes Echandía, Alfonso, *Culpabilidad*, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 3.

²²⁹ Jiménez de Asúa al abordar sobre la teoría psicológica de la culpabilidad señala: También en Italia se ha señalado la quiebra de la teoría psicológica, si la doctrina de la culpabilidad ha de abarcar todas las especies de la culpabilidad (la culpa inconsciente incluida, pues en ésta no hay elemento psicológico alguno, como dicen con razón, Antolisei y M. Gallo). Pocos han tenido el valor de Kohtrausch y Vannini que, como acabamos de decir, intentan salvar el conflicto extrañando de la punibilidad –y, por ende, del Derecho penal- la culpa inconsciente. En esta incapacidad para abarcar la completa realidad normativa presentada por el moderno Derecho penal, apoyan su repudio de la doctrina psicológica muchos autores: por ejemplo, Engisch y Gallo. (Jiménez de Asúa, *Op. cit. Tratado de Derecho Penal*, tomo V, p. 155.)

correspondiente al delito doloso. Esto ha sido expresado de manera especialmente clara por Von Weber. Los presupuestos de la teoría del delito doloso son descritos por él de esta manera: 'El contenido de lo querido –es una valoración objetiva- tiene que ser antijurídico; si el autor sabe que esto es así o si su valoración subjetiva del hecho coincide con la valoración objetiva desde el punto de vista del derecho positivo, carece de la significación'. En ambos casos, el autor obra dolosamente. Al contrario, los casos de error del tercer grupo, en los cuales lo querido por el autor coincide con lo mandado por el orden jurídico, está sometido solamente a la pena correspondiente al delito culposo.²³⁰

Con este salto dogmático respecto a la naturaleza de la Culpabilidad, Roxin estima que se pueden resolver diversos problemas, principalmente enfocados con el error.

Esta teoría puede caracterizarse –en la medida de que ello sea posible dentro de la discutibilidad de las cuestiones del error- como la teoría dominante en este momento. A sus representantes pertenecen todos aquellos que requieren como objeto del dolo, no ya la antijuridicidad misma, pero si los presupuestos objetivos de las causas de justificación. También la Corte Federal (BGH) se ha adherido a ella –por lo menos básicamente-. La confusa formulación, que hace depender la cuestión de si el autor habría obrado "en sí como leal al derecho", quiere significar algo objetivamente correcto: para la pena por comisión de un hecho doloso no entra en consideración el autor "leal al derecho" que quiso algo coincidente con lo querido por el orden jurídico –pero si quiso algo que no coincidía con lo querido por el orden jurídico, obrará dolosamente cuando lo haga sin conciencia de la antijuridicidad-.

Por medio de la reducción ilimitada de los niveles I y II de la culpabilidad, al concepto de hecho doloso, se logra una separación relativamente sencilla del

²³⁰ Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal, (Tipos abiertos y elementos del deber jurídico)*, De Palma, Buenos Aires 1979, pp. 189-190.

error del tipo, que excluye el dolo, y del error de la prohibición, que atenúa la culpabilidad. El dolo desaparecerá siempre que el autor suponga erróneamente una circunstancia decisiva para lo injusto, sea que se trate de una circunstancia fundamentadora positiva o excluyente y negativa, legalmente determinada o no. De esta manera, el concepto de "tipo total" desarrollado por Lang-Hinrichsen es decisivo para el ámbito de la teoría del error. Sobre estas bases es posible resolver correctamente las cuestiones del error:

La teoría de la culpabilidad es superior, en la forma aquí considerada, a la teoría del dolo que en todos los casos exige para la pena del delito doloso la conciencia de la antijuridicidad formal o, por lo menos, material del hecho. Con la teoría de la culpabilidad se explica mejor el fundamento del reproche más elevado de culpabilidad, que reside en el hecho cociente constitutivo de lo injusto, objetivamente considerado, y no tanto en la conciencia de lo injusto. Por este motivo es que esta forma de la teoría de la culpabilidad no se ve obligada a limitar mediante criterios poco definidos, como la enemistad con el derecho, los resultados que se deducen de su posición fundamental.²³¹

Es clara la inserción que pretende hacer el jurista alemán de la culpabilidad en el plano de la antijuridicidad, tal y como acontece en las ideas de Cerezo Mir, quien se ha postulado por la corriente finalista. Es por tal motivo que, a pesar de haber transcurrido poco más de treinta años desde que fueron expuestas por vez primera, consideramos que todavía está a discusión si la misma se sostiene frente a las corrientes tradicionalistas que conciben de manera independiente a la culpabilidad.

Mezger, determina, como contenido del juicio de culpabilidad, *al acto de voluntad; a los motivos del autor y a las referencias de la acción a la total personalidad del autor.*

²³¹ Claus Roxin, *Op. cit.*, *Teoría del Tipo Penal...*, p. 191.

Al *acto de la voluntad* por ser la referencia psicológica inmediata del autor a la acción injusta" (parte psicológica de la culpabilidad).

A los *motivos del autor*, por ser importante, no sólo para la imputabilidad y el dolo y la culpa, sino fundamentalmente en el campo de las causas de exclusión de la culpabilidad (parte motivadora de la culpabilidad).

A las *referencias de la acción a la total personalidad del autor* porque el acto debe ser adecuado a la personalidad de quien lo causa (parte caracterológica de la culpabilidad).²³²

Aun cuando resulta difícil la comprobación de lo que el sujeto puede representarse, nosotros nos adherimos a la teoría de la representación y la voluntad unificadas como los elementos que nos permiten acceder a la existencia del dolo en su origen y en su resultado. Por la manifestación de la voluntad dirigida, a la cual no debe confundirse dice Carrara en oposición a Carnignani (que señala Jiménez de Asúa, seguía las ideas de Pufendorf) con el acto externo, pues el dolo es por naturaleza interno.

²³² Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 15ª edición, Porrúa, México, 2000, p. 407.

2.8. La relevancia del conocimiento de la antijuridicidad como presupuesto de la pena.

La reprochabilidad de una conducta se basa esencialmente en el conocimiento con el que esta se realizó, por tanto éste elemento predomina en el estudio relativo a la comisión de un delito. Y, tal como lo hemos señalado arriba se divide en los siguientes aspectos o fases: que el sujeto tenga la capacidad de querer y *entender* el acto realizado (imputabilidad como presupuesto de delito); que el sujeto se represente la conducta y el resultado de la misma (conocimiento de los llamados elementos del tipo donde se encuentra inmerso el dolo) (de donde se desprende el error de tipo); que el sujeto desconozca la prohibición (amenaza de sanción penal) del acto que realiza (error de prohibición, al que llamaremos ignorancia sobre la sanción penal de la conducta realizada); que el sujeto conociendo la naturaleza del hecho que realiza considere que su conducta está justificada por iniciar bajo una causa de justificación pero termina la conducta con un ilícito penal (error sobre las causas de justificación); o que el sujeto conociendo la naturaleza del hecho que realiza considere justificada su conducta, cuando en realidad esté sancionada por el Código Penal (error sobre la justificación del acto).

A partir de estas especies podemos colegir la necesidad de plantear una teoría del error en materia penal, pues la práctica apunta que pocas veces se atiende a la

naturaleza de este estado mental en el que pudiera no ser reprochable la conducta aparentemente ilícita cometida por un sujeto.²³³

Es el jurista Jiménez Martínez quien destaca los elementos del acto, para que se considere que un sujeto ha obrado con conciencia de antijuridicidad:

- 1.- Comprensión de la ilicitud del hecho no es en sentido técnico jurídico, sino en la valoración general propia.²³⁴
- 2.- No requiere ni el conocimiento de la punibilidad ni el conocimiento de la prescripción legal que contiene la prohibición.
- 3.- Requiere el conocimiento "actual" de la contradicción, precisamente, referido a aquella norma cuya lesión se reprocha al autor.²³⁵ No es suficiente el conocimiento potencial de la antijuridicidad, pues de admitirse, significaría que el autor imputable, es siempre culpable, pues, dada su capacidad, siempre hubiera podido conocer la prohibición.

²³³ Jiménez Martínez señala: "La conciencia de la antijuridicidad es el segundo elemento de la culpabilidad normativa pura y su aspecto negativo es el error de prohibición. Su regulación se encuentra en sentido negativo en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal Federal. [...] Conocer la antijuridicidad del hecho implica que el sujeto conozca que el hecho que está realizando es reprochable, y, por tanto, prohibido por la norma penal. Importa aclarar, que no basta que el agente tenga la vaga sensación de estar haciendo algo 'malo', 'reprochable' o 'indebido'; es menester que el conocimiento se refiera a lo jurídicamente reprochable o indebido" Jiménez Martínez, *Op. cit., Elementos de Derecho Penal...*, p.684.

²³⁴ En nuestros más altos tribunales se sostiene que: Es bien sabido que para que exista el delito debe existir culpabilidad, ello es, un proceso anímico reprochable causal del resultado. El delito de dolo requiere no solamente, la voluntariedad de la acción, sino además, la conciencia de la antijuridicidad captada por el sujeto no en sentido técnico, sino en forma llana, pues basta que el activo tenga conciencia de que la acción representada y querida es reprochable, para que se afirme el elemento ético del dolo.

²³⁵ Cfr. Jiménez Martínez, *Op. cit., Elementos de Derecho Penal...*, p. 684.

Este mismo autor refiere: El Código Penal Federal Mexicano no puede de ningún modo adoptar el llamado "conocimiento potencial" de ser así se estaría generando un desastre sistemático; pues bastaría que los jueces acreditaran la imputabilidad del agente para tener por demostrada "olímpicamente" la llamada "conciencia de la antijuridicidad"; por tanto, es necesario el "conocimiento actual" y no meramente "potencial".

Si el autor desconoce la antijuridicidad del acto, está bajo un error de prohibición.²³⁶ En tal sentido Garibaldi explica:

El error importa siempre un déficit en el saber. Definir lo que debe ser sabido, trae como consecuencia la posibilidad de deslindar aquello sobre lo cual, con relevancia, puede alguien errar. Así, en el homicidio (art. 79, Cód. Penal), el

²³⁶ Muñoz Conde refiere: Dolo y conocimiento de la antijuridicidad son, pues, para la teoría de la culpabilidad, conceptos distintos y con distinta función dogmática.

De aquí se deduce una ulterior e importante consecuencia: el conocimiento de la antijuridicidad al tener una naturaleza distinta al dolo no requiere el mismo grado de conciencia; el conocimiento de la antijuridicidad no tiene, por tanto, que ser actual, puede ser simplemente *potencial*, importando no tanto la conciencia de la antijuridicidad en el momento del hecho, como la posibilidad de haberla tenido, si se hubiese esforzado en ello el sujeto.

Bajo estas premisas se comprende el rápido éxito, no sólo teórico, sino práctico, legislativo y jurisprudencial, que ha tenido la teoría de la culpabilidad. El error evitable de prohibición no conduce ya indefectiblemente al tipo de delito imprudente y, con ello, en los casos en que la comisión imprudente no sea punible, a la impunidad, sino todo lo más a la atenuación del marco penal del delito doloso cometido. Naturalmente, se podrá decir que esto no es más que una hábil maniobra para evitar la impunidad a que conduce la teoría del dolo, pero que en el fondo la atenuación, cuando es obligatoria, del marco penal del delito doloso no es más que una forma específica de calificar la *culpa iuris*, que, como la *culpa facti*, seguiría siendo una forma de imprudencia. Esto se ha dicho ya del pfo. 3º del art. 6 bis a) de nuestro Código penal. Pero el mérito de haber posibilitado el castigo, si bien atenuado, del delito doloso en todos los casos de error evitable de prohibición, corresponde en la historia de la dogmática jurídico-penal a la teoría de la culpabilidad y no a la teoría del y aunque ya fuera sólo por esto habría que conceder también a la teoría de la culpabilidad una importante contribución político-criminal que favoreció la acogida de la relevancia del error de prohibición en los textos legislativos y en las decisiones jurisprudenciales. Si bien hay que reconocer inmediatamente que ello ha sido deplorado por algún autor que considera que una punición general del error de prohibición vencible, aunque con la pena atenuada del delito doloso, es político-criminalmente improcedente y conduce a una excesiva extensión de la punibilidad. Esto puede ser discutible en algún caso, pero no cabe duda que la teoría de la culpabilidad cubre mejor las lagunas de punibilidad que inevitablemente surgen en la teoría del dolo que, salvo en alguna complicada variante como la propuesta en el Proyecto de 1936 (creación de una cláusula general para castigar los casos de culpa iuris), obligada a la impunidad cuando no existía el correspondiente tipo imprudente al que vincular el error vencible de prohibición.

Además de esta importante contribución político-criminal, al éxito de la teoría de la culpabilidad contribuyó también la clase de conocimiento de la antijuridicidad exigido por la misma. Pues para esta teoría el conocimiento de la antijuridicidad no tiene ser, como para la teoría del dolo, un conocimiento actual, sino que basta que sea uno meramente potencial; es decir, es suficiente que el sujeto haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud de su hecho, aunque en el caso concreto no tuviera ese conocimiento.

Fronte a la teoría del dolo que exigía la existencia (y la demostración) de la actualidad del conocimiento de la antijuridicidad y con ello tenía que incurrir en todo tipo ficciones para hacer viable tal requisito en la praxis de los tribunales, la teoría de la culpabilidad se da por satisfecha con la mera potencialidad del conocimiento. El conocimiento de la antijuridicidad pasa a convertirse en un conocimiento potencial y con ello en un dato psicológicamente distinto del auténtico conocimiento, pues un conocimiento potencial no es un verdadero conocimiento que puede ser comprobado como cualquier otro dato psicológico, sino un concepto normativo. El reproche de culpabilidad no se basa sólo en que el sujeto conocía la antijuridicidad del hecho, sino en que, aunque no lo conociera, podía y debía haber adquirido ese conocimiento. La teoría de la culpabilidad es, pues, la culminación de una concepción normativa de la culpabilidad que ve en ella el reproche que se hace al autor de un delito que, pudiendo abstenerse de cometerlo (en este caso, informarse de que el hecho está prohibido), lo realiza. Muñoz Conde, Francisco, *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 33.

conocimiento del 'otro', en tanto persona humana –elemento descriptivo, perceptible por los sentidos- será relevante para el derecho, como lo será, por ende, el error sobre ese elemento. La vestimenta del 'otro', en cambio, carecerá de importancia, como así también un error sobre ese dato de la realidad. En el dolo, lo relevante es el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Ellos determinarán la materia de error en este nivel de análisis lógico.²³⁷

Ahora bien, si la discusión se centra de manera primordial en el desconocimiento sobre la antijuridicidad, entonces el problema se habrá de centrar en la conciencia del sujeto, en la que habrá de resolverse, en primer lugar sobre la capacidad y en segundo lugar la tenencia de ese conocimiento.

²³⁷ Garibaldi, Gustavo E.L. y Leonardo Pitievnik, *Error y Delito*, Hammurabi, Argentina, 1995, p. 21 – 23.

Capítulo III

Error de tipo.

Error de tipo.

Sumario.

3.1. Error de tipo. 3.2. Diferencia entre el error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición. 3.2.1. Tesis establecidas para diferenciar entre el error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición. 3.2.1.1. Tesis de los hechos naturales e institucionales. 3.2.1.2. Tesis del error de objeto y de concepto. 3.2.1.3. Tesis de la teleología reducida. 3.2.1.4. Tesis de la distinción entre error de Derecho penal y error de Derecho extrapenal. 3.2.1.5. Postura de Blanco Lozano. 3.3. El objeto del error sobre los elementos del tipo. 3.3.1. Error en el sujeto activo o pasivo. 3.3.2. Error en el objeto material. 3.3.3. Errores relevantes e irrelevantes. 3.3.4. Error en los medios utilizados. 3.3.5 El error sobre las circunstancias de lugar, tiempo u ocasión. 3.3.6. El error sobre un elemento esencial integrante de la infracción o que agrave la pena. 3.3.7. El error sobre los elementos normativos del tipo (error de subsunción). 3.4. La vencibilidad del error. 3.5. Las consecuencias jurídicas del error de tipo. 3.6. Tesis sobre el error de tipo y la inducción de los órganos gubernamentales al error. 3.6.1. Por vía de la ley. Su multiplicidad. 3.6.2. Por vías de hecho.

Error es humano, pero más lo es culpar de ello a otros.

Baltasar Gracián.

El error de tipo supone una falta de conocimiento sobre los elementos constitutivos del tipo penal y cuya actualización excluye del delito cuando éste ha sido invencible, de modo tal que prevalece el juicio de reproche cuando el Código Penal establece que el delito actualizado puede cometerse a título de culpa. Sobre la trascendencia del tema, Rubén Quintino ha escrito: "Siempre es relevante la especie de dogmática que el sistema penal suele plantear con motivo de los casos de error; ya que es muy famosa por ejemplo la fórmula dogmática en el sentido de que, tratándose de un error de tipo vencible, se excluye el dolo y permanece subsistente la punibilidad por culpa."²³⁸ Y se

²³⁸ Quintino Zepeda, Rubén, *Op. cit. Diccionario Básico...*, p. 49.

excluye el dolo toda vez que éste implica una representación y una orientación de la voluntad (representar y querer el resultado) hacia un determinado fin.²³⁹

Enrique Díaz Aranda establece: "Si el aspecto cognitivo del dolo se conforma con el conocimiento de las circunstancias en las que el sujeto realiza su conducta-típica; entonces la falsa percepción de alguna de las circunstancias esenciales de esa realidad da lugar al error de tipo."²⁴⁰

Resulta necesario seguir a Luzón Peña, quien sobre el particular realiza en una exposición breve pero sustancial la razón por la cual no existe una identidad exacta entre error de tipo y error de hecho, pues dicho autor considera que cuando se yerra sobre un elemento del tipo, en particular sobre los elementos normativos, se yerra sobre el derecho mismo; asimismo, cuando se trata sobre el error de prohibición y se yerra sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, lo cierto es que se yerra

²³⁹ Moisés Moreno dice: Con relación al *error de tipo*, éste es el que recae sobre alguno de los elementos objetivos del tipo penal, cualesquiera que éstos sean, es decir, ya sean descriptivos o normativos. Pero cabe hacer la aclaración que, con relación a este error, tanto la doctrina como el Código penal nuestro hacen la distinción entre *error de tipo esencial* y *error de tipo no esencial o accidental*, estableciendo que el único error que tiene efectos excluyentes o atenuantes es el error de tipo esencial, que es precisamente el que recae sobre alguno de los elementos 'esenciales' del tipo penal, como lo dice claramente el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal Federal. Ahora bien, dicho error de tipo esencial, según se desprende de la disposición citada, puede a su vez ser *invenible o vencible*, correspondiéndole a cada uno un efecto distinto. Si el error de tipo esencial es 'invenible', de acuerdo con el mencionado inciso a) —y que es la opinión la doctrina finalista establece— se excluye el delito, porque se excluye tanto el dolo como la culpa y, por ello, tanto la *tipicidad dolosa* como la *tipicidad culposa*; es decir, no queda subsistente tipicidad alguna, que es necesaria para poder afirmar la existencia del delito. En cambio, si el error de tipo esencial es solo 'vencible', porque quien se encuentra en dicha situación puede salir de ella con la mínima diligencia que ponga, solamente se excluye el dolo y queda subsistente la culpa. En este caso, el párrafo segundo de la fracción VIII del artículo 15 remite al artículo 66 del propio Código, en el cual se establece que, si el error a que se refiere el inciso a) de dicha fracción es vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo; pero hace la salvedad de que eso sólo será así, siempre y cuando el delito de que se trata 'admite dicha formación de realización'. Porque tanto, si se trata de un delito que no admite la forma de realización culposa —porque no se encuentra en el catálogo que señala el párrafo segundo del artículo 60—, entonces el error de tipo vencible no deja subsistente la culpa y, consecuentemente, se excluye toda tipicidad. *Op. cit.*, "La regulación del error ...", p. 91.

²⁴⁰ Díaz Aranda, Enrique, *Op. cit.*, *Teoría del Delito*..., p. 192.

sobre el hecho, pese a ser un error de prohibición.²⁴¹⁻²⁴² Por su parte Márquez Piñero señala:

La teoría del *error de tipo* se encuentra relacionada –de manera directa e inmediata– con la teoría del dolo, ya que el error de tipo no es más que ‘la negación del contenido de representación requerido para el dolo’. Más claramente: el autor no conoce los elementos a que, según el tipo penal de que se trate, debe extenderse el dolo. Concorre el error de tipo cuando ‘en la comisión del hecho se desconoce una circunstancia que pertenece al tipo legal’.²⁴³

Es importante retomar el concepto que sobre el error de tipo escribe el penalista Francisco Pavón Vasconcelos, puesto que a partir del mismo tendremos un panorama más explícito de los diversos planteamientos que de este tema derivan. Pavón Vasconcelos escribe:

Si por error se entiende el falso conocimiento que una persona tiene respecto de una cosa o de un hecho determinado, o bien la ausencia de conocimiento de ellos, no resulta desacertado decir que por error de tipo deba entenderse el desconocimiento o falsa concepción que el agente tiene respecto de los elementos del tipo, cualquiera que sea la naturaleza de los mismos (descriptivos, normativos o subjetivos). Consecuentemente, aceptemos validamente que el referido error recae sobre alguna de las circunstancias objetivas de carácter legal, lo cual puede llevar a considerarla, como lo ha hecho la doctrina, que el error de

²⁴¹ Cfr. Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, 1ª reimpresión, Universitas, Madrid, 1999, p. 440.

²⁴² Cerezo Mir explica: “La regulación del error sobre un elemento del tipo, en el apartado primero del artículo 14 del nuevo Código penal presenta graves deficiencias, pues según su tenor literal haría referencia exclusivamente a los elementos fácticos, pero no a los elementos normativos del tipo (<El error vencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal [...]>). En una interpretación teológica hay que considerar, sin embargo, que el fin perseguido por la norma es la regulación del error sobre un elemento del tipo y que, aunque con redacción sumamente defectuosa, se ha querido hacer referencia al error sobre cualquier elemento del hecho típico.” *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tomo II, *Teoría jurídica del delito*, TécnoS, España, 2001, pp.134.

²⁴³ Márquez Piñero, Rafael, *Op. cit., Derecho Penal...*, p. 281.

tipo excluye la tipicidad de la acción, por estimar que ésta, a virtud del error, no queda comprendida en ella. Para Mac Iver, el error de tipo recae no sólo en los delitos dolosos sino también en los culposos, pues el error puede cometerse respecto de una circunstancia objetiva del tipo en la segunda clase de delitos. En efecto, en los delitos culposos siempre encontramos la imprudencia o la negligencia, siendo obvio, en su oposición, que el error acerca de tal elemento excluye la tipicidad, como ocurre, por ejemplo, cuando el automovilista circula con excesiva velocidad creyendo que lo hace dentro de los límites permitidos, porque el velocímetro marca una velocidad mucho menor por estar descompuesto, o cuando por fallas en los instrumentos de vuelo, el piloto aviador realiza un aterrizaje desgraciado. Por su parte, Zaffaroni afirma que en el error de tipo el sujeto carece del conocimiento sobre los elementos del tipo objetivo y que tal error elimina el dolo, pero que de ser vencible puede dar lugar a una tipicidad culposa. Al referirse a la delimitación entre el error de tipo y el error de prohibición, estima que en los tipos dolosos 'la congruencia genera un supuesto de atipicidad que se denomina 'error de tipo'. Cuando el aspecto cognoscitivo del tipo no abarca el aspecto objetivo en la forma típicamente requerida, la conducta no será dolosa, no habrá dolo y será atípica. Este error de tipo es diferente del error de prohibición, que interesa a la culpabilidad y cuyos efectos son otros. En tanto que el error de tipo recae sobre el aspecto objetivo del tipo, el error de prohibición recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad. Como la antijuridicidad no pertenece al tipo, el conocimiento de la objetividad de éste no la abarca.²⁴⁴

Hemos descrito en el capítulo anterior todos y cada uno de los elementos del tipo (*Supra* 2.3.3.) y cuya apreciación o desconocimiento puede incidir en la actualización de esta clase de error. Aunado a ello, debe vincularse el hecho que se considere al dolo

²⁴⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Op. cit.*, *Diccionario...*, p. 439.

como un elemento más del tipo para que esta clase de error quede sujeto a los aspectos que rodean a aquél.²⁴⁵ Blanco Lozano, jurista español dice:

Hay error de tipo cuando el autor yerra en la contemplación de alguno de los elementos expresamente definidos en el tipo legal, ya sean elementos típicos de carácter objetivo o elementos típicos de carácter normativo.

Tal concepto que hemos propuesto, viene, por lo demás, avalado por la importante Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 18 de marzo de 1952, conforme a la cual:

‘Error de tipo es el *erróneo desconocimiento* de una circunstancia de hecho perteneciente al tipo legal, sin importar si tal elemento típico sea de naturaleza normativa o descriptiva’.

Más escuetamente, la jurisprudencia española habla del error de tipo cuando ‘falta el conocimiento de los elementos configuradores de la tipicidad’.²⁴⁶

En ese mismo tenor, el jurista alemán Stratenwerth, aborda la extensión sobre el error que recae en los *otros elementos del tipo* pues resulta claro que quien yerra sobre el elemento *dolo* lo excluye, pero, vale preguntarse si dicha exclusión es extensiva a esos otros elementos que integran el tipo penal. Dicho autor establece:

Si de algún modo no están cumplidas estas exigencias de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que integra el *dolo*, tampoco puede haber *dolo*. Eso es una trivialidad. La ley la formula en el § 16, I, al decir que no actúa

²⁴⁵ Roxin señala: “El error de tipo excluye en cualquier caso el *dolo*. Pero deja subsistente una punición por un hecho culposo bajo dos requisitos: primero, que la comisión culposa del delito correspondiente sea punible, y, segundo, que el error haya sido vencible. Entonces, si en mi ejemplo inicial el tirador, con una suficiente atención, hubiera podido reconocer que el objeto de su práctica de disparo no era un espantapájaros sino una persona humana, tiene que ser penado por homicidio culposo. En cambio, en mi segundo ejemplo, en el cual el autor sustrae una cosa ajena que considera erróneamente como propia, tiene que producirse una absolución, pues el hurto culposo no está sometido a pena.” *Op. cit., Problemas actuales...*, p. 121.

²⁴⁶ Blanco Lozano, Carlos, *Tratado de Derecho Penal Español*, Tomo I, *El sistema de la parte general*. Vol. 2, *La estructura del delito*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 375.

dolosamente 'quien, al cometer el hecho, desconoce una circunstancia que integra el tipo legal'. La doctrina habla en general de un error de tipo que excluye el dolo. Pero ya la ley deja en claro que no hace falta un verdadero error en el sentido de una representación positiva equivocada. Una mujer que, al usar un medicamento abortivo, ni siquiera sabe que está embarazada, no tiene dolo de interrumpir el embarazo (§ 218, I, III), al igual que no lo tiene otra que si bien conoce su estado de embarazo, considera inocuo el medicamento. También la forma de hablar de 'exclusión' del dolo despierta la impresión errada de que se eliminaría algo ya existente, mientras que sólo se trata de la simple comprensión de que falta el dolo si no existen sus presupuestos.

No menos trivial es la regla aceptada casi sin excepción, de que el concepto de 'circunstancia que integra al tipo legal' (§ 16, I), se extiende a todos los elementos del tipo objetivo, si es que se rechaza toda restricción del conocimiento de estos elementos, que integra el dolo. La antigua distinción del Tribunal del *Reich* entre elementos 'de hecho' y 'de derecho' —al menos tan vaga como la de elementos 'descriptivos' y 'normativos'—, inducía a error: daba la apariencia de que el dolo tenía que referirse sólo a una parte de las circunstancias de hecho, mientras que ella afectaba, en verdad, solamente a la *naturaleza* de conocimiento de las circunstancias de hecho, en especial al error de subsunción. Hoy en día está superada. En cambio, el dolo no puede referirse a los elementos del tipo *subjetivo*. Ellos existen o no existen, pero no son *objeto* de la voluntad de realización. [...]

Al faltar el dolo, falta solamente el tipo subjetivo del correspondiente delito de comisión doloso. El autor no sólo puede haber realizado dolosamente otros tipos delictivos —como lo muestra ya el caso recién mencionado de desconocimiento de circunstancias que agravan el ilícito—, sino que en todos los casos también puede estar cumplido el tipo de un *delito imprudente*. Si un conductor, p. ej., durante la noche, no llega a ver a tiempo que en la calzada yace un ebrio y por ello lo atropella, no tendrá dolo de homicidio, pero su desconocimiento se podrá deber, por su parte, a una falta de cuidado, de atención, de modo que su conducta podrá ser un homicidio imprudente. Eso es lo que se quiere decir con la

regulación del § 16, I, 2: el error de tipo no impide una punición por conducta imprudente, si él se debe a imprudencia; sólo que la realización imprudente del tipo objetivo, ciertamente, deberá estar conminada con pena (lo que es relativamente poco frecuente).²⁴⁷

Este último particular queda resuelto con la subsistencia de la pena, a título culposo cuando la figura típica de referencia así lo permite, pues en efecto, existen tipos cuya formulación sólo se actualiza cuando la conducta es dolosa.

De gran relevancia resulta destacar el elemento intelectual en el error de tipo, como lo hace Cerezo Mir, el cual dice: "consiste en la conciencia o conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo. En un sentido más estricto, comprende la conciencia de los elementos objetivos del tipo que concurren en el momento de dar comienzo a la acción típica y la previsión de la realización de los restantes elementos objetivos del tipo y, por tanto, de la producción del resultado, en los delitos de resultado material. En estos delitos, el dolo comprende, asimismo, la previsión del curso causal entre la acción y el resultado y el conocimiento de las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva del resultado. El autor ha de conocer, por tanto, la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*."²⁴⁸ Este principio nos permite vislumbrar la capacidad de acierto o de error que pudo tener quien desplegó la acción, que en un momento dado se juzgue sobre los parámetros de realidad permitidos. Bajo el punto de vista *ex ante* se clarifica la situación previa del sujeto ante la realización de la hipótesis normativa. Gustavo Garibaldi, jurista argentino, establece su propio concepto de error de tipo cuando dice:

²⁴⁷ Stratenwerth, Günter, *Op. cit.*, *Derecho Penal...*, pp. 154 -155.

²⁴⁸ Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Tomo II, *Teoría jurídica del delito*, Técno, España, 2001, p.134.

El error importa siempre un déficit en el saber. Definir lo que debe ser sabido, trae como consecuencia la posibilidad de deslindar aquello sobre lo cual, con relevancia, puede alguien errar. Así, en el homicidio (art. 79, Código Penal²⁴⁹), el conocimiento del otro, en tanto persona humana –elemento descriptivo, perceptible por los sentidos- será relevante para el derecho, como lo será, por ende, el error sobre ese elemento. La vestimenta del otro, en cambio, carecerá de importancia, como así también un error sobre ese dato de la realidad.

En el dolo, lo relevante es el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Ellos determinarán la materia de error en este nivel de análisis lógico.

El tipo legal cumple una función sistemática, siendo el punto de referencia de un variado número de condiciones jurídicas, fundamentales para decidir la aplicación de una pena. Así, elegir uno u otro dato del texto erigiéndolo en elemento del tipo objetivo, traerá consecuencias jurídicas distintas en materia de participación, tentativa, prescripción de la acción y, en lo que aquí interesa, respecto del dolo [...] Sólo el que actúa con conocimiento efectivo de los elementos del tipo objetivo, puede dirigir finalmente su acción hacia la realización de éste. El conocimiento del agente puede referirse a aquellos que figuran en el centro de su atención o a los datos de la realidad que forman de una u otra manera parte de su saber. Así, quien conoce que la cosa mueble es total o parcialmente ajena, podrá apoderarse ilegítimamente de ella.²⁵⁰

Este pensamiento recalca la importancia de entender que el error de tipo viene en gran medida aparejado con el grado de conocimiento del hecho, dando en consecuencia la relación directa con el dolo y como veremos en el siguiente capítulo, con la conciencia de la antijuridicidad en el caso del error de prohibición.

²⁴⁹ Código penal argentino. N. del A.

²⁵⁰ Garibaldi, Gustavo E.L. y Leonardo Pitkevnik, *Op. cit., Error y Delito*, p. 21 – 23.

Por un lado distinguimos la conducta enfocada hacia un hecho en particular (error de tipo) y por otra, observamos la conciencia respecto a la licitud de dicho acto (error de prohibición).

En ese orden de ideas podemos columbrar que si el sujeto activo no conoce o conoce con defecto alguno de los elementos del tipo y despliega su conducta atendiendo a ese conocimiento erróneo, se actualiza el denominado "error de tipo", mientras no sea el caso que dicho error se considere vencible, pues como ya lo hemos señalado subsistiría la culpa, en aquellos delitos que así lo establecen, tomando en consideración que el actual erróneo implica una de las formas en que puede darse esta figura. Recordamos lo establecido por Jescheck quien señaló: "En cuanto a su contenido, el error de tipo puede consistir tanto en una *representación falsa* como en la *falta de una representación*, pues error es, en términos generales, la discrepancia entre conciencia y realidad."²⁵¹ En México, Enrique Díaz Aranda expone:

Si el aspecto cognitivo del dolo se conforma con el acontecimiento de las circunstancias en las que el sujeto realiza su conducta típica; entonces la falsa percepción de alguna de las circunstancias esenciales de esa realidad da lugar al error de tipo.²⁵²

La percepción errónea puede recaer sobre alguno de los elementos objetivos de la conducta típica o sobre alguno de los elementos normativos. Recordemos que los primeros son aquellos que se perciben a través de los sentidos, porque

²⁵¹ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, (trad. José Luis Manzanares Samaniego), Granada, 1993, pp. 275- 276.

²⁵² En las palabras de Von Liszt, un error es esencial "cuando el autor se hubiera abstenido de cometer el acto, si hubiera previsto el curso efectivo de los hechos; es decir, cuando su intención no abarca ni siquiera eventualmente el curso efectivo de los acontecimientos". Von Liszt, Franz, *Tratado...*, t. II, p. 419, citado por Díaz Aranda, *Op. cit. Teoría del Delito...*, p. 293.

se manifiestan en el mundo real, mientras que los elementos normativos sólo se pueden identificar a través de una comprensión intelectual.²⁵³

Así, quien al ir de caza ve una sombra muy grande similar a la de un oso y dispara privando de la vida a quien en realidad era un ser humano, tuvo una falsa percepción de un elemento objetivo en el momento de realizar su conducta. Por esta razón, el error sobre los elementos objetivos se podría identificar más rápidamente si utilizáramos la vieja denominación de error de hecho (*error facti*), porque el sujeto se equivoca sobre los hechos que sus sentidos perciben; sin embargo, es preferible evitar esa denominación, porque el tipo también se conforma con elementos normativos que requieren de una valoración jurídica imperceptible a través de los sentidos y, en consecuencia, no pueden ser considerados como hechos.²⁵⁴

Es necesario adelantar un poco sobre lo relativo a la "vencibilidad" del error" toda vez que la misma implica un problema cuya solución se ha vertido en diversas discusiones dentro de la dogmática, pero que, sin embargo, poco se ha abonado en este terreno en algún libro de la especialidad en nuestro país. En virtud de lo cual hemos recogido algunas orientaciones especialmente de la literatura penal española y argentina. Blanco Lozano señala: "El error de tipo será invencible cuando el sujeto, *atendidas sus circunstancias personales en relación con las objetivas de la situación*, no tuvo posibilidad alguna de percibir adecuadamente el hecho, esto es, que *por más que se hubiese esforzado, nunca hubiera podido llegar a un conocimiento exacto de la situación objetiva*."²⁵⁵

El hecho de que al error se le requiera como vencible no es fortuito, en primer lugar debemos establecer que hay en la doctrina una identificación con el vocablo

²⁵³ Cfr. Roxin, Claus, *D. p.*..., p. 460; Puppe, Ingeborg, *Error de hecho*..., pp. 90-92, citado por Díaz Aranda, *Op. cit.*, *Teoría del Delito*..., p. 293.

²⁵⁴ Díaz Aranda, *Op. cit.*, *Teoría del Delito*..., p. 293.

²⁵⁵ Blanco Lozano, Carlos, *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal*..., p. 376.

“evitar”, esto es que el sujeto pueda evitar el daño potencial que puede causar.²⁵⁶ Luego debemos coincidir en que sólo lo previsible es evitable. Pero no podemos exigir una previsibilidad genérica, pues debemos tomar en cuenta que los delitos se cometen por seres humanos y cada uno de ellos es distinto entre sí, por lo que a esa previsibilidad debemos agregar que será acorde a la naturaleza de cada sujeto.

Sumado a esto, dice Garibaldi: “Sólo lo previsible es evitable. Lo imprevisible no puede ser objeto de imputación legítima. Tampoco podrá imputarse como doloso aquello que pudo haber sido previsto por el autor, pero de hecho no lo fue. En suma, ‘no imputable’, significa inevitable, e inevitable quiere decir imprevisible.”²⁵⁷

El jurista Claus Roxin al desarrollar lo relativo a la teoría del dominio del hecho, realiza grandes aportaciones al tema que nos ocupa. Dicho autor señala:

A. *La estructura del dominio de la voluntad cuando se utiliza un instrumento doloso*

Piénsese en el supuesto en que A pide a B encender la luz en un piso, lo que inocentemente hace B, activando así, como había planeado A, en un lugar lejano un explosivo que mata a una persona. O bien, A aconseja a B, que va a emprender un viaje a América, utilizar determinado aeroplano, del que sabe que en el curso del vuelo va a precipitarse a tierra.

En el primer caso el error conduce a dañar a otro, y en el segundo a la muerte del mismo que erró. En ambos casos la doctrina dominante actual aprecia autoría mediata. Al intentar fundamentarlo desde la teoría del dominio del hecho, se manifiesta en seguida que estos supuestos muestran una estructura totalmente distinta a la de las situaciones coactivas antes tratadas. Allí, el dominio de la

²⁵⁶ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (<http://www.rae.es/>) observamos que en su primera acepción *evitar* significa “Apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda”.

²⁵⁷ Garibaldi, Gustavo E.L. y Leonardo Pitievnik, *Op. cit.*, *Error y...*, p. 29.

voluntad se basa en el dominio con respecto al ejecutor directo, que a su vez tiene 'en sus manos' la ejecución y por su parte es autor (si bien inculpable). Aquí, en cambio, en ambos extremos la situación es distinta: El que yerra no domina la situación y actúa de manera causal, ciega (a), y el sujeto de detrás tampoco domina al ejecutor de la manera que sabemos que ocurría en la coacción (b). Ambos merecen una breve explicación:

a) *No hay dominio del hecho por parte del que yerra*

Ya se aludió *supra* a que el dominio de la acción que se da forzosamente en la realización de propia mano de todas las circunstancias del hecho requiere el dolo del ejecutor. Sólo cuando éste existe el sujeto actuante coincide con la imagen rectora de la figura central que el legislador tiene ante los ojos. No el mero causante de un desplazamiento posesorio antijurídico, sino el ladrón que actúa dolosamente; no aquel que determina causalmente el daño patrimonial, sino el estafador que realiza los requisitos subjetivos, son las figuras situadas en el centro del suceso por las descripciones legales. Tampoco cabe discutir que B, que en nuestros ejemplos aparta una condición del resultado de muerte, para un entendimiento con sentido no aparece como la figura que domine el curso del hecho, sino que únicamente, en la cadena causal, es un factor condicionante ciego, cuya significación para el curso de la acción no es mayor que la que posee cualquier otra condición del resultado, no pudiendo ser, por tanto, de ningún modo autor según la teoría del dominio del hecho.²⁵⁸

Hemos citado únicamente la explicación dada al primer caso señalado por Roxin con el fin de constreñirnos al objeto de estudio del presente capítulo, donde queda de manifiesto el carácter errado con el que una persona puede actuar si tener el conocimiento exacto del hecho.

²⁵⁸ Roxin, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho penal*, 7ª edición, (Traducción de la 7ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras), Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 195 – 196.

Resulta necesario señalar la posición que guarda la doctrina respecto al error de tipo. Lucio Eduardo Herrera señala:

Habiendo estudiado ya el error de hecho y de derecho, y el de tipo y de prohibición, corresponde aquí considerar, en un amplio panorama, la ubicación que en la sistemática jurídico-penal corresponde a la teoría del error [...] Es en Alemania donde se han desarrollado dos teorías que se disputan la supremacía sobre el lugar que corresponde al conocimiento de la antijuridicidad, son ellas: la teoría del dolo y la de la culpabilidad. La primera, al considerar que el dolo se integra con el conocimiento de los hechos y el del a antijuridicidad, forzosamente, el error sobre uno u otro aspecto, excluye el dolo, y con ello la culpabilidad, si el error es inimputable (inevitable). En cambio la segunda, por sostener un dolo natural como elemento subjetivo del tipo, el error sobre los hechos estructurales de la figura delictiva, excluye el dolo y con ello el tipo. Y el error sobre la prohibición (antijuridicidad) excluye la culpabilidad no el dolo ni el tipo. Con esta prevención, paso a realizar una breve síntesis con respecto a la ubicación sistemática del error en la teoría del delito.²⁵⁹

El problema planteado por Herrera no se trata de un asunto menor que haya sido superado por la doctrina, consideramos desde luego que la partición en las opiniones viene a refrescar el debate, pero no a darle una solución uniforme. Pero queda claro que, ante las derivaciones que surgen de estas dos clases de error (tipo y prohibición) se impone la necesidad de crear una teoría alrededor de este problema, que, en la práctica se ve acentuado por la falta de aplicación o estudio de sus características. Considero que no pocas veces se ha resuelto un problema penal soslayando al error e invocando, como ocurre en la llamada *legítima defensa putativa* una excluyente

²⁵⁹ Herrera, Lucio Eduardo, *Op. cit., El error en materia penal...*, p. 103.

equivoca.²⁶⁰ Herrera continúa explicando el cariz que ha tomado el error en la doctrina.

Al referirse a los autores que tratan al error como reverso del dolo señala:

Franz Von Liszt estudia el error en el párrafo inmediato posterior al del dolo, después la conciencia de la ilegalidad y la culpa. Resulta claro que considera al error como causa de exclusión del dolo. También Ernst Von Beling, en el mismo párrafo que estudia la intención (dolo) trata al error como excluyente de éste. Edmund Mezger, al desarrollar en los párrafos 68 y 69 la estructura del dolo, se refiere al error como excluyente de éste, sin darle ninguna clase de independencia. También Sauer considera al error como causal que elimina el dolo y lo trata juntamente con éste en el párrafo 21, desatinándole los núms. I y II al dolo y el III al error. En España, Cuello Calón, considera a la ignorancia y al error como causales que suprimen el dolo y los desarrolla en el Capítulo XXV, después de haber estudiado en el anterior al dolo.²⁶¹

Tomando en consideración que tanto para el causalismo clásico (Beling) como para el causalismo neoclásico (Mezger) el dolo es la subespecie de la culpabilidad, resulta claro que el error quede como una excluyente del juicio de reproche, cuestión que habrá de cambiar con el finalismo y con la posición del dolo dentro de la tipicidad. Sin embargo, una vez estando ahí, el error sobre los elementos del tipo habrá de importar otras formas de error, no haciendo exclusivo al error sobre el dolo, pero sí, por el hecho de estar incorporado, causar la ausencia del mismo. Sobre los autores que contraponen el tipo-prohibición, Lucio Herrera continúa:

Fue Alexander Graf Zu Dohna el primero que separó la valoración (reprochabilidad) del objeto valorado (dolo). Además concibe al dolo en forma puramente natural y desarrolla su estructura y su ausencia en el párrafo

²⁶⁰ Sobre esta cuestión habremos de abordar con mayor detenimiento al hablar del error de prohibición indirecto en el siguiente capítulo.

²⁶¹ Herrera, Lucio Eduardo, *Op. cit.*, *El error en materia penal...*, p. 104.

destinado al 'Tipo Subjetivo'. En cambio, al error de prohibición lo trata en el Capítulo sobre 'La valoración del Tipo Subjetivo', como fundamento de inculpaibilidad, después de haber desarrollado sucesivamente la Teoría de la Culpabilidad, los Presupuestos de Imputación y la Culpabilidad en los Delitos Dolosos.

Estos pasos son seguidos por Hans Welzel, quien ubica al dolo como elemento subjetivo del tipo, concibiéndolo en forma puramente natural. Al tratar el error de tipo, dice que 'la teoría del error es la teoría del dolo a la inversa' y en el párrafo 21 desarrolla el error de prohibición como excluyente de la culpabilidad y allí dice que se debe distinguir entre el error de tipo que excluye el dolo y el error de prohibición que excluye la culpabilidad. Idéntico parecer preconiza Maurach y en España, Córdoba Roda.

Después de la publicación de la primera edición de este libro sobre *El Error*, la doctrina ha tomado rumbo decidido dentro de esta contraposición 'tipo-prohibición' con los efectos, para algunos, que el error de tipo excluye el tipo y el de prohibición la culpabilidad.

La primera pregunta que haría un causalista (clásico o neoclásico) sobre este último aspecto sería, qué de la culpabilidad se excluye, tomado en consideración que el dolo está dentro del tipo, lo cierto es que la *communis opinio* que ha adoptado al finalismo o al funcionalismo ubican de hecho al error de prohibición en la culpabilidad, a la cual se le ha añadido la capacidad de comprender (imputabilidad) y la conciencia sobre la antijuridicidad. Así lo establecen autores jóvenes como Berchelmann Arizpe²⁶², Díaz Aranda²⁶³, Román Quiroz.²⁶⁴

²⁶² Berchelmann Arizpe, Antonio, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Porrúa, 2004.

²⁶³ *Op. cit.*, *Teoría del Delito...*

²⁶⁴ *Op. cit.*, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación...*

El error como tal puede verse involucrado en otras formas que excluyen al delito, de tal manera que, observando esta característica algunos autores le han dado otros efectos de los que da cuenta Lucio Herrera cuando expone:

Carrara decía que el error es causa ideológica que torna ineficaz el poder intelectual y por ello el error de hecho exime de toda imputación cuando es esencial e invencible. Alimena sostenía que la ignorancia y el error excluyen la imputabilidad cuando falta el nexo de causalidad entre la voluntad y el evento. Maggiore piensa que es una cosa que elimina la imputabilidad y por esa vía la culpabilidad. Dice así en uno de los pasajes de su *Derecho Penal*: 'Es preciso decir que las causas de no imputabilidad excluyen el delito, en cuanto excluyen la culpabilidad. Todas las causas de exclusión del delito, por su aspecto subjetivo, pueden agruparse, por consiguiente, bajo el único paradigma de causas que excluyen la culpabilidad (como son la edad, la enfermedad mental, la embriaguez, la sordomudez, el caso fortuito, la fuerza mayor y el error)'. Bettiol desarrolla el tema con el título de *La normalidad del Acto Volitivo*, dentro de los elementos del juicio de culpabilidad, vale decir, lo considera causa de inculpabilidad.²⁶⁵

Lucio Herrera destaca las opiniones de quienes han forjado la dogmática argentina, cuya separación de la dogmática alemana fue evidenciada por Enrique Bacigalupo, quien desde las primeras páginas de su libro *Tipo y error*²⁶⁶, aparecido en 1973, destaca que el concepto de tipo penal fue introducido en la dogmática penal de habla hispana por Luis Jiménez de Asúa en 1930.²⁶⁷ Herrera describe:

Llegamos así a las diferentes opiniones de los autores nacionales, en cuanto a la ubicación que debe tener el error en la teoría del delito. Opiniones que, por

²⁶⁵ Herrera, Lucio Eduardo, *Op. cit.*, *El error en materia penal...*, p. 105.

²⁶⁶ 3ª edición ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, 221 pp.

²⁶⁷ Durante los años de exilio Luis Jiménez de Asúa residió primordialmente en Argentina, desde donde encabezó la dogmática penal de nuestra lengua y cuyos conceptos prevalecen debido a la profundidad de su trabajo.

cierto, no han sido siempre coincidentes, aunque en la predomina la consideración como causa de inculpabilidad.

González Roura cree que puede constituir un motivo de irresponsabilidad por falta del elemento moral. Emilio Díaz dice que lo hacen inimputable al autor, siempre que no provenga de su falta de diligencia. Juan P. Ramos piensa que el error de hecho no imputable excluye el dolo y por consiguiente, la imputabilidad. En cambio Eusebio Gómez, cree que el error de hecho suprime la ilicitud, porque los actos que de él pueden derivar no son dolosos ni culposos, pues estos conceptos son incompatibles con el estado que implica la falta de conocimiento de la realidad. De este último enfoque se derivan consecuencias importantísimas, ya que el hecho realizado sería lícito, aun para los cómplices, ni siquiera responsabilidad civil para ninguno.

Soler, citando a Mayer, dice que la teoría del error es parte de la teoría de la culpabilidad en su aspecto negativo, y debe ser estudiada como causa de exclusión de la culpabilidad porque ésa es su función cuando se presenta con todos sus caracteres y requisitos. Y agrega, que aunque el resultado frecuente será el de transformar un hecho doloso en culposo, es incorrecto considerarlo solamente como destructivo del dolo, 'pues suele no dejar ningún remanente culposo, es decir, suele destruir toda forma posible de culpabilidad'. Se funda en el carácter general con que está concebido el artículo 34, inciso 1º²⁶⁸ del Código penal. También piensan que es causa de inculpabilidad Jiménez de Asúa²⁶⁹, Núñez, Ramallo y Fontán Balestra.

Creo, por mi parte, que es correcto el estudio del error como causa de inculpabilidad o atenuación de ésta (según los casos), de acuerdo al sistema positivo argentino, así, el artículo 34, inc. 1º del Código penal requiere que el

²⁶⁸ Toda vez que dicho artículo en inciso son materia de diversas discusiones a lo largo de este capítulo, debemos señalar el texto a que se alude, así el Artículo 34, inciso 1º del Código Penal argentino señala:

Art. 34.- No son punibles:

1º. el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. N. del A.

²⁶⁹ Herrera incluye a Jiménez de Asúa, sin que éste fuera argentino, debido al impulso que éste dio a las ciencias penales en aquél país. N. del A.

error para ser eximente de pena, haya impedido al autor '*comprender la criminalidad del acto*', lo que importa no solamente el conocimiento de los hechos y de su significado, sino también el conocimiento de la criminalidad (antijuridicidad). Forzoso, resulta entonces concluir, que para la ley argentina, el dolo forma parte de la culpabilidad (no del particular tipo de injusto), y por ello, cuando el error se presenta, tendrá por efecto excluir la forma más grave de la culpabilidad. Pero como el artículo 34 inc. 1º exige, además, que este error no sea imputable al autor, cuando tales condiciones se dan, también tendrá por efecto, excluir la forma más leve de la culpabilidad por la culpa.

Resulta así que el error o ignorancia cuando no son imputables, y han impedido comprender la criminalidad del acto, es causa o fundamento general de inculpabilidad, ya que han quedado excluidas todas las formas de culpabilidad, no pudiendo ser reprochado el hecho a su autor como culpable.

Por cierto que la ubicación del estudio del error en la sistemática del Derecho penal, implica, de por sí, tomar partido en la teoría del delito, ya que al considerarlo causa general de inculpabilidad supone un decidido rechazo de la teoría final de la acción, ya que esta corriente sustenta su tesis en que el dolo es elemento de la acción y encuentra su ubicación en el tipo (subjeto) y pro ello queda fuera de la culpabilidad. Esto, al menos, en cuanto a los delitos dolosos se refiere.²⁷⁰

Tras esta última opinión, estimamos que en la toma de posición Herrera se adhiere al causalismo neoclásico con lo que deja pendiente las páginas relativas a los autores finalistas (y a ahora funcionalistas) para la continuación de lo que se constituye como un trabajo que dividió el tiempo en la dogmática penal argentina, lo cual es un merecimiento excepcional. Herrera continúa:

Después de la primera edición de este libro sobre el Error, la doctrina nacional ha publicado varias obras entre las cuales se encuentra el *Manual de Derecho*

²⁷⁰ Herrera, Lucio Eduardo, *Op. cit.*, *El error en materia penal...*, p. 106.

Penal, de Ricardo Núñez, y la actualización por Guillermo Fierro de la obra de *Derecho Penal Argentino, Parte General*, de Sebastián Soler, ambas dentro de la orientación ya explicada. Se publica el Compendio de Derecho Penal, de Luis C. Cabral, (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987) quien considera relevante dentro de nuestro Código penal, únicamente al error de hecho no imputable, el que debe ser esencial. Dice así: 'Entre nosotros no cabe hablar de error de prohibición o de tipo porque nuestra ley acepta el error de hecho y desconoce toda eficacia a la ignorancia del derecho (*ignorantia iuris nocet*); para nosotros el dolo no es un elemento de la acción sino una forma de culpabilidad, que no sólo exige el conocimiento de las circunstancias integrantes del tipo sino además también la posibilidad de la comprensión de la criminalidad del acto'.

Roberto A. M. Terán Lomas, quien da una solución semejante a la nuestra, y cita nuestra obra en su parte esencial: 'Si el error o ignorancia no son imputables al sujeto, como expresa el inciso citado, y son esenciales, excluirán la culpabilidad en todas sus formas. Pero si son imputables si el autor ha incurrido en error en forma culposa, por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de sus deberes, sin perjuicio de la existencia de la culpabilidad si estuviese tipificado el correspondiente delito culposo, no habría actuado dolosamente, ya que, en el caso concreto no habría comprendido la criminalidad de su acto, aunque hubiere existido la posibilidad de ello'. Vale decir que acepta el error de prohibición por la vía de la consideración dogmática de un dolo disvalioso que se integra con el conocimiento de la antijuridicidad. En el tomo I, parágrafo 277, página 494 y siguientes, hace referencia a la estructura del dolo, el que se integra con el conocimiento de la antijuridicidad y lo extrae como nosotros, dogmáticamente, del artículo 34, inciso 1º del Código Penal y, además, rechaza con buenos fundamentos la posibilidad de extraer el dolo del artículo 42 del Código Penal como lo hace un sector del finalismo.

Carlos Creus, en *Derecho Penal, Parte General*, resuelve el problema en forma semejante. Dice así: 'En otras palabras el error de hecho del artículo 34, inciso 1º, no sólo versa sobre el hecho en sentido de facticidad, sino que tiene un sentido más amplio, con lo cual comprendería: Los contenidos del tipo de

cualquier carácter que sean (en cuanto no signifiquen, claro está, un aspecto especial del ánimo del autor, sobre lo cual es impensable el error); las circunstancias de justificación o inculpabilidad (errores sobre las circunstancias que condicionan la justificación o que se aparezcan como marco de coacción); las circunstancias relativas a la punibilidad de la conducta (por ej.: error sobre la vigencia de una situación de excusa concomitante con la conducta que se tomó en cuenta al actuar)'.... 'Conforme con lo que terminamos de decir, en el error de hecho el artículo 34, inciso 1º, Código penal, quedan comprendidos tantos los errores de tipo (que versan sobre los elementos descriptivos de la conducta típica), como los errores de prohibición (que versan sobre la antijuridicidad y la culpabilidad mediante sus circunstancias de exclusión), así como también ciertos errores sobre la punibilidad (con relación a circunstancias de no punibilidad). Los que quedan al margen del error de hecho por ser puros errores de derecho —que, como tales, no excusan en nuestro sistema—, son los que recaen sobre la positividad legal de la amenaza de la pena para el determinado hecho (inexistencia de la 'prohibición penal', por ejemplo, autor que sabe que mantiene acceso carnal con mujer honesta de catorce años con su consentimiento creyendo que tal hecho no está penalmente castigado), de causas de justificación (por ej., creer que el derecho permite experimentar con seres humanos), inculpabilidad (creer que el derecho disculpa el apoderamiento de cosas que su actual tenedor ha hurtado a su vez) o de disposiciones consagradorias de impunidad (creer que el derecho no pena las lesiones deportivas cometidas en violación de las reglas del juego)'.

Fernando E. Lafitte ha seguido nuestras ideas citándonos expresamente. De especial significación es el fundado rechazo de Justo Laje Anaya, de la interpretación de Zaffaroni sobre el artículo 34, inciso 1º del Código penal, en su libro Comentarios al Código Penal. Parte General, volumen I. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, páginas 98, 99 y 100.

También se han publicado diversos trabajos en nuestro país, dentro de la teoría final de la acción, con las soluciones ya conocidas de error de tipo que excluye el tipo cuando es invencible y error de prohibición que excluye la

culpabilidad cuando también es invencible y si ha tenido el potencial conocimiento de la antijuridicidad la responsabilidad por dolo se mantiene, aunque atenuada libremente. Las obras publicadas son de autores como Enrique Bacigalupo²⁷¹ y Eugenio Raúl Zaffaroni, en obras generales, y, en obras especializadas, entre otros, por Marcelo Sancinetti y Hugo Gurnuchaga.²⁷²

Luego de este enriquecedor panorama, hemos buscado la genealogía en la dogmática penal mexicana, donde apreciamos la uniformidad de criterios en los que la mayoría identifica, tal y como lo señalaba nuestro código penal a principios de la década de los ochenta con el causalismo clásico o neoclásico, toda vez que el finalismo, adoptado por juristas como Mariano Jiménez Huerta, no tuvo mayor eco sino hasta la llegada de la últimos quince años del siglo pasado, encabezados primordialmente por Gustavo Malo Camacho, Carlos Daza Gómez, Rafael Márquez Piñero y Moisés Moreno Hernández. Luego, resulta claro que hasta entonces la discusión quedó constreñida a un aspecto, el error era causa de inculpabilidad.²⁷³

Considero pertinente señalar que hemos dejado para la última parte de este trabajo lo relativo a la dogmática penal alemana, toda vez que siendo el semillero de las ideas penales que nos ocupan, resulta importante destacar las últimas teorías que han surgido en aquel país europeo y señalar la crítica correspondiente.

Enrique Bacigalupo, de quien ya hemos hecho referencia líneas arriba, es uno de los mejores tratadistas del tema que nos ocupa en lengua española. Siguiendo los

²⁷¹ Quien es un jurista de origen argentino, pero cuya tutela académica a cargo de Don Luis Jiménez de Asúa y más tarde con su larga estancia en España, donde alcanzó una magistratura, no puede considerarse sino un miembro adherente a la dogmática española, seguidora de la alemana. N. del A.

²⁷² Herrera, Lucio Eduardo, *Op. cit.*, *El error en materia penal...*, pp. 106 – 107.

²⁷³ Cfr. Jiménez Martínez, Javier, *Fundamentos de la teoría general del hecho punible*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.

pasos de la dogmática alemana expone lo relativo al error con relación al artículo 34, inciso 1º de la legislación penal argentina que a la letra dice dentro del capítulo referente a la imputabilidad: "Art. 34. No son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones." Bacigalupo escribe:

En este sentido, y ante todo, cabe preguntarse hasta qué punto es posible afirmar que la dogmática alemana resulta inaplicable al Código penal argentino. El argumento en que esto se ha sostenido se apoya en parte en el texto del artículo 34, inciso 1º del Código Penal. Decimos en parte, porque el artículo 34, inciso 1º no afirma que sea contenido de la culpabilidad 'el conocimiento de la criminalidad del acto' como opina Núñez, este artículo se refiere sólo a la *posibilidad* de tal conocimiento -Soler habla, en cambio, de la posibilidad-.

Si de esta manera lo que se quiere afirmar es que entre los elementos de tipo hay otros que no lo son la acción y el resultado es preciso admitir que ello es absolutamente cierto. Baste con comprobar que los elementos normativos del tipo, como 'cosa ajena', 'documento', 'cheque', 'publicación obscena', 'mujer honesta', etcétera, son imposibles de insertar en un esquema tan reducido como el de la acción, causalidad y resultado. Incluso en los casos en que la víctima adquiere relevancia, es evidente que tampoco alcanzan a ocupar un lugar en el solo aspecto causal del tipo. Pero esto es también rigurosamente cierto en el Código penal alemán²⁷⁴, y en cualquiera de los códigos europeos o latinoamericanos. Y, en verdad, no se puede entender por qué motivo en el

²⁷⁴ En particular en su artículo 16 del que dimos cuenta desde el primer capítulo y que señala:
§ 16. Error sobre las circunstancias del hecho

(1) Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta.

(2) Quien en la comisión de un hecho suponga circunstancias erradas, que realizarían el tipo de una ley más benigna, solo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna. N. del A.

Código Penal argentino estas circunstancias que concurren con la acción y el resultado deberían determinar una doctrina específica del tipo penal. Baste recordar que el propio Belling admitió tales circunstancias como elementos del tipo, sin que ello diera lugar a contradicción alguna.

Si con aquel argumento se quiere afirmar que en el sistema argentino el dolo requiere la conciencia de la antijuricidad, y ésta no es, obviamente, elemento del tipo, tampoco se encuentra dónde reside el impedimento que de ello se derivaría para el sistema del Derecho argentino, pues eso mismo fue sostenido por Belling y hasta ahora nunca le fue en sí mismo objetado. [...]

Del desconocimiento de la relación necesaria de tipo, dolo y error se derivan consecuencias importantes: la circunstancia de que se haya mantenido la teoría del tipo desvinculada de la teoría del error determina, en consecuencia, contradicciones insalvables en el concepto del dolo.²⁷⁵

Este esfuerzo intelectual de Bacigalupo por conciliar las dogmáticas que en un principio crítica permite reavivar la discusión sobre la esencia del dolo, pues destaca el riesgo de no identificar a aquélla. Y en ese sentido rearma un rompecabezas ubicando ciertos elementos como parte del tipo o de la culpabilidad. Este autor continúa con la crítica a la dogmática argentina y señala:

En el caso de Soler, la solución es contradictoria porque al definir el conocimiento del dolo se ha referido a al figura delictiva, y ésta —de acuerdo con su propio concepto— no comprende la *ausencia* de circunstancias justificantes. Por lo tanto, quien mata (aunque sea creyendo que lo hace en legítima defensa) conoce 'todos los hechos presentes que corresponden a elementos constitutivos de la figura delictiva'. Si su conocimiento está completo en ese sentido, y ese conocimiento es todo cuanto exige el dolo, ¿por qué faltará el dolo? Es evidente que cabría responder que tal acto tiene completo el conocimiento respecto a los

²⁷⁵ Bacigalupo Enrique, *Tipo y Error*, 3ª edición ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pp. 36 – 38.

elementos del tipo pero que, en realidad, faltaría en él el conocimiento de la antijuricidad, porque las eximentes putativas constituyen un caso de error sobre la antijuricidad.

Pero Soler no puede dar tal respuesta por dos razones:

1. Porque el error sobre la antijuricidad en el Código argentino no admite ser regido por el art. 34, inc. 1°.

2. Porque define al conciencia de la antijuricidad (conciencia de la criminalidad del acto) como la 'representación y voluntad de causación o producción' del resultado, que non es sino la voluntad del resultado y que, por supuesto, la tiene tanto el que obra con error sobre una circunstancia justificante como el que obra sin dicho error.

Similar es el problema que se le plantea a Fontán Balestra. En efecto, según él, 'el autor ve, sin error, que es un hecho con todas las características de una acción típica: v. gr., muerte de un ser humano; pero, además, aprecia con error circunstancias que le hacen creer que el hecho es considerado lícito', lo que es objetivamente exacto.

Sin embargo, Fontán Balestra no considera que en estos casos se dé un error sobre la antijuricidad, pues de ser así los hubiera tratado bajo el capítulo correspondiente. De manera que se trata de un error que, sin recaer 'sobre un elemento de la figura delictiva, también excluye el dolo (que es para Fontán Balestra, como para Soler, toda la culpabilidad dolosa). Es decir, termina aceptando un error 'no esencial' que también excluye el dolo (!).²⁷⁶

La crítica referida por Bacigalupo deja en claro que la formulación tanto de la dogmática como del artículo materia de la discusión lejos de arribar a una solución al tema del error, desemboca en un laberinto de interpretaciones que son el resultado de una adaptación incorrecta de la dogmática alemana, lo cual es siempre un riesgo al

²⁷⁶ Bacigalupo Enrique, *Op. cit., Tipo y Error...*, p. 41-42.

plantear a la misma como la solución para todas las latitudes. Esta cuestión es el resultado de muchos factores que distancian al derecho penal en cada región, cuestión que considero ha de ir superándose con los adelantos tecnológicos que permiten acortar distancias entre los científicos penales y el foro. Ante la confusión a que alude el penalista argentino, destaca el yerro de la dogmática penal argentina:

La relación entre tipo, dolo y error, sin embargo, fue vista con precisión por Beling: 'dolo = un dolo adecuado al tipo de delito objetivo existente'...'al dolo pertenecen acumulativamente la conciencia de la antijuricidad y la conciencia del tipo en cuestión'.

En otro lugar dice: 'Así como es posible objetivamente que una acción sea adecuada a un tipo, pero antijurídica, es posible también desde el punto de vista subjetivo que el autor tenga conciencia de la tipicidad, pero no de la antijuricidad'...'al lado del error relevante para el tipo se encuentra, con la misma significación para el dolo, el error relevante sobre la antijuricidad'

Naturalmente, este punto de vista puede no ser compartido. Pero, indudablemente, al alternativa propuesta por Núñez, Soler y Fontán Balestra resulta poco adecuada para reemplazar la solución de Beling, toda vez que carece de la consistencia lógica que es de esperar de una teoría jurídica. Al distanciarse de Beling, la teoría del tipo de la dogmática argentina cayó en contradicciones que le quitan toda fuerza de convicción.²⁷⁷

Con este último párrafo, Bacigalupo cierra la discusión tajantemente, aunque como lo señalamos líneas arriba, de ninguna manera con una perspectiva argentina, sino española, dada su formación y el mentor que tuvo. Por tanto, la solución que propone, aun cuando se trata de un aspecto novedoso para el país del sur, no es sino

²⁷⁷ Bacigalupo Enrique, *Op. cit., Tipo y Error...*, p. 43 -44.

la importación de ideas que llegaron de ultramar, como las de aquel Beling que fue adaptado. Bacigalupo expone:

El problema que se presenta, por lo tanto, es el de determinar cómo debe entenderse 'hecho' fuera del contexto de la vieja fórmula romana 'error facti-error iuris'. Es decir, cuáles con las circunstancias de 'hecho' que pueden ser objeto de error relevante.

La primera cuestión que aquí podría plantearse es la siguiente: sería falso derivar del art. 34, inc. 1º del Código penal el concepto de tipo como objeto del dolo, porque dogmáticamente se ha supuesto que en el Código penal el dolo está definido fuera de la prescripción que se refiere al error, en las expresiones 'comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones'.

Tal objeción no podría, sin embargo, prosperar por diversas razones:

1- En primer lugar, si se invierte el error, en la misma forma en que *a contrario* se deduce la antijuricidad de las causas de justificación, se obtendrá como exigencia positiva para el concepto de delito la exigencia de conocimiento y voluntad referido actualmente a ciertas circunstancias.

Es evidente, entonces, que si también a antijuricidad y la culpabilidad son consecuencias de la interpretación *a contrario* de las causas de justificación y de las causas de inculpabilidad transformándolas en conceptos positivos, la inversión respecto del error tiene que tener algún significado: el conocimiento y la voluntad son precisamente los elementos del dolo.

2- Que el dolo requiere conocimiento y voluntad actuales no ha sido puesto en duda en ningún momento. Esta cuestión –por lo tanto– no requiere discusión alguna. En este sentido afirma Soler: 'Si la ley requiere esas dos capacidades para considerar punible, en principio, a un sujeto, la culpabilidad dolosa estará constituida por cualquier forma que asuma la *actualización de las capacidades*'.

Sin embargo, la actualización de la 'capacidad' o 'posibilidad' (no haya 'podido' dice la ley) no significará nunca otra cosa que en el caso concreto se tuvo la *posibilidad* real, pero nunca que la 'posibilidad de conocer' se ha convertido en 'conocimiento'.

Si la dogmática argentina exige para el dolo el *conocimiento* y en ningún caso solamente la *posibilidad de conocer*, es claro que tal concepto de dolo no será consecuencia del art. 34, inc. 1º *in fine*. De esta manera queda visto que en realidad el concepto de dolo es una creación que se impone a la ley pero que no se deduce del art. 34, inc. 1º *in fine*. [...]

[...] Lo único que el texto legal indica es que la posibilidad de la conciencia de la antijuricidad y la posibilidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión, son los elementos que constituyen la capacidad para obrar de acuerdo a Derecho y que esta capacidad en un presupuesto para la aplicación de una pena. Un concepto de dolo integrado por la conciencia de la antijuricidad no resulta, por lo tanto, un 'producto de la ley' sino una imposición a la ley.²⁷⁸

Ahora bien, cuando el legislador traduce su trabajo en una ley deja impreso un espíritu, el cual, por no ser fuente del derecho penal, debe establecer con meridiana claridad lo buscado, puesto que una ley que permite tantas y tan diversas interpretaciones no sólo trae aparejada la indefinición en esencia sino hasta la imposibilidad de ponerse en práctica, lo cual, traído al ámbito nacional lo encontramos con la multiplicidad de leyes penales (treinta y dos por cada una de las entidades federales, Un Código penal federal y otro de Justicia Militar 34 Códigos que tratan de manera diversa y dispersa lo que en casi todos los países del mundo se trata de manera única) que multiplican la tarea de interpretar y conciliar dogmáticas que finalmente quedan expresadas en dichas leyes. En México, el jurista Antonio

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 45 -46.

Berchelman ha realizado un trabajo encomiable para referirse al tratamiento del error de tipo. Dentro de su obra *Derecho Penal Mexicano*, señala:

La fracción VIII - a) del artículo 15 del CPF dispone que el delito se excluye cuando: *'Se realice la acción u omisión bajo error <invencible> sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal'*. En tanto que el último párrafo de ese artículo en relación con el 66 del mismo CPF, prevén que: *'... si ese error es <vencible> se aplicará la pena del delito <culposo>, si el delito admite esa forma de realización'*. A su vez, el artículo 29-VIII-a) del CPDF preceptúa que el delito se excluye cuando: *'Se realice la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate. Mientras que el último párrafo de ese artículo en relación con el 83 del mismo CPDF, prevén que: '...si ese error es <vencible> se aplicará la pena del delito <culposos>, si el delito admite esa forma de realización'*. Por último, la fracción II del artículo 42 del CPC²⁷⁹ señala que hay atipicidad: *'Cuando el hecho se realice por error de tipo penal necesariamente doloso; o por error <invencible> de tipo penal que admita la culpa'*. Además, agrega que: *'Existirá error de tipo cuando circunstancias objetivas originen discrepancia entre el hecho que se decide realizar y el que se realiza; incidiendo la falsa representación sobre cualquier elemento del tipo penal de un delito'*. Asimismo, precisa que: *es inatribuible al autor o participe el aumento de gravedad proveniente de modalidades o circunstancias, si en relación con ellas*

²⁷⁹ Toda vez que el autor citado hace referencia a la legislación del estado de Coahuila, consideramos citar el artículo del Código penal a que hace referencia.

Artículo 42. Excluyentes de delito por ausencia de tipicidad. Hay atipicidad:

...

II. Error de tipo. Cuando el hecho se realice por error de tipo penal necesariamente doloso; o por error invencible de tipo penal que admita la culpa.

Existirá error de tipo cuando circunstancias objetivas originen discrepancia entre el hecho que se decide realizar y el que se realiza; incidiendo la falsa representación sobre cualquier elemento del tipo penal de un delito.

Es inatribuible al autor o participe el aumento de gravedad proveniente de modalidades o circunstancias, si con relación a ellas se conduce bajo ignorancia o error. La falsa creencia de causa atenuante que se origine por circunstancias objetivas; o subjetivas con base objetiva, favorece al autor o participe en quien concurra.

El error de tipo penal que admita la culpa será invencible cuando en el caso concreto, es imprevisible el resultado que se causa sin decidirlo. Mas si el resultado que se origina, en el caso concreto es previsible, el error será vencible y se sancionará conforme al tipo penal culposo que corresponda.

... N. del A.

se conduce bajo ignorancia o error. La falsa creencia de causa atenuante que se origine por circunstancias objetivas; o subjetivas con base objetiva, favorece al autor o participe en quien concurra'. Finalmente prevé que: 'El error de tipo penal que admita la culpa será <invencible> cuando en el caso concreto es imprevisible el resultado que se causa si decidirlo. Mas si el resultado que se origina en el caso concreto es previsible, el error será <vencible> y se sancionará de acuerdo con la pena del tipo penal culposo del delito que corresponda'.

Ahora bien, de nuevo se podría ver en el CPC un exceso de dogmatismo al regular el error de tipo. Ya que –se afirmaría– la dogmática no es tarea del Legislador. Ya también se podría argumentar que se cancela la tarea de aquella dogmática cuando la regulación legal es profusa. En ese sentido parece pronunciarse el insigne penalista y buen amigo, Moisés Moreno Hernández, cuando se refiere ya no precisamente al problema que aquí se plantea, sino a la sistematización que adopta el CPC para el desarrollo de los elementos del delito y las causas que les excluyen. Así, al referirse al proyecto del nuevo CPDF, Moisés Moreno observó que ese código: [...] al no plantear una definición del delito, consecuentemente tampoco adopta una específica sistematización para el desarrollo del contenido de sus elementos, pues ello es tarea de la dogmática; y al seguir en este particular el criterio del código vigente, permite con ello un auténtico e intenso desarrollo de la dogmática penal en torno al delito. [...] Y en tal sentido es preferible el dogmatismo legislativo al voluntarismo judicial. El primero significa seguridad jurídica, mientras que el segundo aparece precisamente lo contrario. Y basta leer las sentencias penales de cualquier parte de la república para percatarse lo muy poco que se plantean o examinan los problemas relativos al dolo y al error de tipo, así como de muchísimos otros problemas dogmáticos. Paradójicamente, con aquellas precisiones el CPC puede propiciar, además, la evolución de la dogmática y la jurisprudencia, dado el pobre estado actual de la mayor parte de la práctica forense y judicial en tal aspecto y del exiguo desarrollo de la misma dogmática penal mexicana. Creo que en el estadio presente de progreso de la dogmática mexicana y en especial por su escasa aplicación en la práctica, es preferible la solución legislativa a

determinados puntos de que de otra forma quedarían oscuros –aunque la misma pudiese ser superada por otras fórmulas mejores que aparezcan la necesidad de modificar la ley- y más aún, cuando el mismo silencio de ésta favorece la arbitrariedad.²⁸⁰

Este último comentario de Berchermann podría ser el epílogo al trabajo de Bacigalupo, quien contra una legislación oscura vino a destacar la forma de corregir el entuerto argentino. Pero de esta situación no escapa nuestra legislación. Ya lo mencionábamos anteriormente, la multiplicidad de las leyes puede derivar en que el propio aparato gubernamental a través de sus diversos órganos legislativos se constituya en el inductor al error del ciudadano común que no tiene la obligación de conocer tanto dispositivo en materia penal. A guisa de ejemplo este último autor ha hecho la comparación entre tres distintos ordenamientos penales, vigentes y aplicables en México, cada uno en su propio ámbito y del que se han desprendido semejanzas y diferencias que, aunque mínimas los hacen distintos. Si esto ocurre para tratar una eximente, ¿qué ocurrirá para tratar la edad penal para que estas legislaciones se apliquen, los distintos tipos penales, sus circunstancias de comisión y el *quantum* de las penas? A partir de este punto podemos observar que esta multiplicidad puede dar como consecuencia que alguien que en su estado natal realice un hecho que no se considera delictivo, lo realice de nueva cuenta en otro donde será severamente sancionado, habida cuenta que una característica del Derecho penal es su trascendencia. Pero sobre este particular habré de volver al final del presente capítulo.

²⁸⁰ Berchermann Anzpe, Antonio, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Porrúa, 2004, pp. 645 -646.

Volviendo a la legislación penal federal y a la local del Distrito Federal encontramos una diferencia que debe salvarse no por la dogmática sino por la ley en particular. El Código Penal Federal establece:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

...

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal.

En dicho artículo se menciona que el error se realice sobre alguno de los elementos "esenciales", los que Jiménez de Asúa distinguía como aquéllos sobre los que gravita la posibilidad de conocer o desconocer el núcleo del tipo de tal modo que: "El agente cree disparar sobre un animal de caza y lo hace en verdad sobre un hombre. El autor *ignora que mata a un ser humano*. El padre supone que purga a su hijo para sanarle de una indigestión y le está realmente propinando un veneno mortífero. El sujeto activo *ignora que envenena al niño*. El que yace con una mujer de edad que consciente en la cópula, desconoce que es una enferma mental, absolutamente desprovista de "razón o de sentido". El agente *ignora que viola*. Quien se apoderado de una cosa ajena, en la creencia de que carece de dueño, *ignora que hurta*."²⁸¹

Es claro que el legislador se ve en la disyuntiva para establecer elementos esenciales u objetivos ya criticados en el capítulo segundo de este libro, atentos a que también la definición de objetivos no dice nada, aun cuando sobre este particular hay mucho camino andado por los juristas que han hecho exposición de los mismos y cuya definición es retomada por la legislación penal del Distrito Federal que señala:

²⁸¹ Cfr. Jiménez de Asúa, *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal, Tomo V La Culpabilidad*..., p. 570.

Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

...

VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate

¿Esto quiere decir que los elementos normativos quedan fuera de la posibilidad de un yerro en esta materia?²⁶² La dogmática a quien el doctor Moreno Hernández remite para la solución de esta clase de problemas señala lo contrario, como lo hemos puntualizado desde el principio de este trabajo. Luego no es la dogmática la que debe salvar esta clase de problemas sino una definición más clara de lo que se pretende en las leyes penales sustantivas, pues está claro que fórmulas como la citada en el artículo 29, dejan en la incertidumbre tanto a procuradores como a impartidores de justicia, quienes apegados a la literalidad del precepto, anulan toda posibilidad de invocar el error de subsunción, por ejemplo.

Dentro de las ideas contemporáneas sobre el tema, no podemos dejar de citar el trabajo que realiza uno de los máximos exponentes del derecho penal no sólo de Alemania sino del mundo occidental: Günther Jakobs, quien señala:

Llegados a este punto debemos preguntarnos lo siguiente: ¿cuál es la relación existente entre la desmitificación y la diferenciación entre defectos volitivos y cognitivos, en el sentido de que estos últimos exoneran, a diferencia de lo que sucedía en la responsabilidad por el resultado? Intento describir esta relación: en el edificio del mundo desmitificado ya no pueden causarse grietas perturbadoras, ya que su configuración de todos modos es fortuita y ya no permite reconocer sentido alguno. Claro que rigen las leyes de la Lógica, incluyendo las

²⁶² Existe una clase de error llamado "error de subsunción" aplicable cuando se trata de un error que versa sobre los elementos normativos, sin embargo y antes de entrar a su estudio, debemos recalcar que los elementos normativos, finalmente son elementos del tipo y que su desconocimiento, en ocasiones suele ser toral para acreditar la ignorancia del sujeto.

matemáticas, y de las de la naturaleza, pero no prescriben nada, sino que autorrealizan de manera inamovible. La gracia de la desmitificación precisamente está en que se reconoce la inamovilidad para poder someterla a la realización de los propios intereses. Pero un mundo que funciona de acuerdo con leyes inamovibles sólo puede aprovecharse si los cálculos que se hacen son correctos; tal mundo no reacciona frente a los planes de quien actúa, sino frente a lo que éste hace, concuerde con su planificación o no. Por lo tanto, quien quiere acomodarse en esta realidad —y quien no quiere queda fuera de la sociedad— debe ocuparse de que lo que planifica coincida con lo que hace.²⁸³

Con estas bases adelantamos un poco sobre la problemática que habrá de acontecer en el siguiente capítulo, pues ha quedado claro el carácter excluyente del dolo cuando se trata de un error sobre los elementos objetivos (esenciales) del tipo, por tratarse de aspectos volitivos que ponen de manifiesto que la acción no estaba orientada a transgredir lo protegido por la norma penal, pero cuando se aborda la otra clase de error (de prohibición) se toma en cuenta para manifestar su atenuación por tratarse de una cuestión meramente cognitiva.

3.2. Diferencia entre el error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición.

Para establecer un concepto se debe acudir al género próximo y luego establecer la diferencia específica. En el caso del error de hecho y de derecho estaban claras sus fronteras semánticas y dogmáticas, sin embargo, con la evolución en el

²⁸³ Jakobs, Günter, *Op. cit.*, *Moderna Dogmática...*, p. 95.

tratamiento de estas figuras hasta arribar al error de tipo y el de prohibición, lo cierto es que sus delimitaciones aunque aparentemente claras por el origen de las mismas (pues resulta muy común que al error de tipo se le identifique con el error de hecho y al de prohibición con el de derecho), resultan un tema interesante para los tratadistas que han profundizado en el tema. Sin esta distinción no podríamos arribar a un concepto claro de estas especies de error. Para tal efecto tenemos que existen dos formas en las que se plantea abordar la diferencia: la primera, a través de la casuística, la segunda, a través de juicios formales. Y aun así, penalistas de la talla de Maurach y Zipf²⁸⁴ consideran no haber terminado la distinción de una manera contundente. Jiménez de Asúa refiere sobre los comienzos de esta división en nuestro idioma:

En lengua castellana no ha dejado de apreciarse, con sentido negativo o afirmativo, esta moderna división de 'error de tipo' y 'error de prohibición'. Quintano Ripollés se declara en contra de ella por creer que esos 'neologismos' 'en el fondo a nada práctico conducen y que traducidos al castellano son de incómodo manejo' (*Compendio*, tomo I, pág. 206). A pesar de ello, el gran penalista español confiesa, al hablar del 'error de hecho', que éste ha experimentado, 'en la doctrina *praxis* moderna', muy sustanciales precisiones', sobre todo en lo que respecta al *error* sobre los caracteres del tipo.²⁸⁵

La resistencia común a estos nuevos conceptos poco a poco fue disminuyendo hasta permear en toda la dogmática en español. Garibaldi, parte de los supuestos del error de tipo para apreciar desde el principio las características que distinguen a estas especies. Dicho jurista señala:

²⁸⁴ "La delimitación entre el error de tipo y el de prohibición es el problema todavía *menos resuelto* de toda la teoría del error en el Ordenamiento punitivo", Maurach, *Op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 49.

²⁸⁵ Jiménez de Asúa, *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal, Tomo V La Culpabilidad...*, p. 532.

Comprende en primer lugar, al que denominaremos *error de tipo objetivo* o simplemente error de tipo, que resulta del desconocimiento o falso conocimiento del objeto sobre el que recae la acción. Cree disparar con su escopeta de caza sobre un jabalí en el atardecer del monte, cuando en realidad lo hace contra una persona; cree estar firmando una solicitud de prórroga para la cancelación de una deuda pero en realidad firma un cheque sobre cuenta cerrada (art. 302, inc. 2º, Código Penal²⁸⁶); sostiene acceso carnal consentido con una niña de doce años, creyendo que se trata de una joven honesta de catorce (arts. 119y 120, Código penal); y cree estar dañando la biblioteca de un particular cuando el objeto de su acción disvaliosa es una biblioteca de uso público (arts. 183 y 184, inc. 5º, Código Penal).

En los dos primeros casos, cree que su conducta es atípica cuando en realidad resulta atrapada por un tipo penal en su aspecto objetivo o externo. Esa falta de conocimiento –desconocimiento o falso conocimiento del objeto de la acción– importa falta del dolo, por lo tanto, la conducta será atípica si el error en que incurrió fuera inevitable.

En los dos últimos ejemplos, cree estar realizando una acción determinada, cuando en realidad ésta resulta atrapada objetivamente por otro tipo penal más grave. Es lo que denominamos ‘error sobre las agravantes’.

En estos casos el sujeto conoce su conducta que resulta adecuada a una figura y su dolo abarca un tipo penal básico, por lo que, como dijéramos *supra*, será subjetivamente típica en los términos de la figura abarcada por el dolo. [...]

Al segundo supuesto de error en el objeto de la acción lo denominaremos *error de tipo subjetivo* o error de tipo al revés; constituido por la falsa creencia de lesión de un elemento del tipo objetivo inexistente. Cree disparar con su arma de fuego sobre Juan pero lo hace sobre un jabalí; cree dar en pago un cheque a sabiendas que al tiempo de su presentación no podrá ser legalmente pagado y en relación entrega un pagaré (art., 302, Código penal).

Este conocimiento equivocado, para un concepto de ilícito estrictamente persona y subjetivo, importa siempre una tentativa, inidónea en virtud del objeto

²⁸⁶ Se refiere al Código Penal argentino. N. del A.

sobre el que recae y punible en los términos del art. 44, párr. 4º del Código Penal [...] El autor persigue un resultado dentro del curso de su acción, pero éste se produce, o bien adelantándose al momento previsto, o bien después de ese momento y como consecuencia de un acto suyo posterior.

Así, quien golpea a la víctima para atontarla con el objeto de lanzarla al río a fin de que muera ahogada, pero ésta muere como consecuencia de los golpes recibidos –adelantamiento del resultado–; o quien golpea a la víctima para matarla y creyéndola sin vida la arroja al río para ocultar el cadáver, cuando sólo estaba desmayada, muriendo ahogada por sumersión –el resultado se produce en un segundo acto realizado sin dolo de matar– [...]

No es igual el dolo presente al instante de desmayar a la víctima, que el que tendrá al arrojarla inconsciente para que muera ahogada. Por ello, su acción de golpear para desmayar será comienzo de ejecución de un homicidio y no simplemente lesiones. Podrá tener en vista además la posibilidad de desistir válidamente. Responderá sólo por lo que hizo, sabiendo, pues, sólo se puede querer lo que se sabe.

Puede ocurrir que el autor no advirtiera el adelantamiento del resultado y concluye con el plan previsto. Así, sin darse cuenta de la muerte como consecuencia de los golpes recibidos, lanza a la víctima al río para que muera ahogada.

Se trata de un homicidio culposo –siempre y cuando el dolo del autor no hubiera abarcado la probabilidad de muerte al asestarle el golpe– en concurso ideal como tentativa inidónea de homicidio calificado por alevosía.

En el segundo caso –golpea a la víctima para matarla y creyéndola sin vida la arroja al río para ocultar el cadáver, siendo que muere ahogada –se han propuesto dos posibles soluciones:

- a) Considerar un concurso entre tentativa de homicidio doloso y homicidio culposos.
- b) Considerar únicamente la ocurrencia de un homicidio doloso consumado, por efecto del *dolus generalis*.²⁸⁷⁻²⁸⁸

²⁸⁷ Garibaldi, Gustavo E.L. y Leonardo Pitlevnik, *Op. cit., Error y...*, p. 40-47.

El uso de la casuística permite ejemplificar soluciones o bien plantear problemas que devienen con la dogmática, sin embargo, suele ocurrir que al establecerse un caso en particular para resolver un concepto, se incorporan otras figuras que impiden observar con claridad el fin que persigue el expositor. Cuestión por la que Garibaldi trae a la discusión otros conceptos que se involucran con el tema. Dicho jurista continúa:

A diferencia de lo que ocurre en el error en el objeto o la persona, el sujeto no se equivoca en su conocimiento de lo que percibe como real en el momento de actuar, sino en el desarrollo posterior de lo que desencadena su acción.

La representación en cuanto al desarrollo del suceso que lo tiene por director final, debe coincidir en lo esencial con lo que en realidad ocurre. Lo representado debe coincidir con el desarrollo real.

Sin embargo, no cualquier desviación del curso causal respecto del esperado, trae como consecuencia la imposibilidad de imputar aquél al dolo del autor. Si Juan quiere matar a Pedro mediante un disparo de arma de fuego que le produzca la muerte en forma instantánea al impactar en su frente, pero ello ocurre luego de algunos minutos de agonía habiendo impactado en el pecho, todo parece indicar que la desviación no es esencial. La misma solución se adoptara frente a la acción final de disparar contra una persona con conocimiento de las circunstancias del hecho y decisión de matar, pero con resultado de lesión. Es decir que la desviación del curso causal también será no esencial en lo atinente al conocimiento sobre el desarrollo del suceso y habrá tentativa de homicidio doloso y no lesiones.

²⁶⁸ Este mismo autor completa su afirmación citando a la doctrina argentina: "Zaffaroni y Bacigalupo proponen distinguir, el caso en que el autor prevé antes de golpear a la víctima, que arrojará a ésta ya fallecida a las aguas del río, que aquel en que luego de golpearla y creyéndola muerta, decide esconder su cadáver arrojándolo al río, no se da una solución apriorísticamente, sino averiguando *ex post* si existió el dolo general abarcativo de la totalidad de la conducta. De haber existido, el accionar del agente será un homicidio doloso consumado; caso contrario, habrá un concurso entre tentativa de homicidio doloso y homicidio culposo.

Esta distinción pareciera desconocer la existencia de más de una conducta en todos los supuestos. No es posible que la continuidad de una acción dependa de una previa toma de decisión, en cuanto a la realización de otra, cualquiera que sea. Dos conductas no pueden transformarse en una por el hecho de haber sido decididas en el mismo momento. Sin embargo, no dejamos de reconocer el mayor disvalor que puede representar la mayor previsión por parte del agente, pero ello tiene su momento de evaluación en el Código Penal, arts. 40 y 41" (*Op. cit., Error y...*, p.48.)

Es posible pensar en casos en los cuales el curso causal se aparta o aleja más de lo previsto por el directo final de la acción y preguntarse, si tal alejamiento o desviación resulta esencial. Si el autor prevé el resultado de lesiones como consecuencias de su acto pero la víctima muere por una complicación clínica de su cuadro médico, o por la negligencia del profesional que equivoca la medicación o que comete un error quirúrgico, o por el retraso de la ambulancia que colisiona en el trayecto hacia el lugar del hecho, ¿cuál será la respuesta?

Ella dependerá en principio, de la elección que el intérprete realice entre las distintas teorías que pretenden contestar a la pregunta por la relación de causalidad o imputación objetiva que debe existir entre acción y resultado.

Dicha relación, como tal, debe ser diferenciada del conocimiento que de ella tiene el autor, siendo este conocimiento o previsión de aquella, elemento del dolo.

El error sobre el nexo causal consiste en un déficit del conocimiento de la relación de imputación objetiva. Para solucionar los supuestos enumerados corresponde establecer primero, mediante las reglas que proporciona la teoría, si existe esta relación (cuestión previa al análisis de la tipicidad) y, en caso afirmativo, establecer si hay dolo en su elemento cognoscitivo, lo que equivale a responder si esa relación era conocida en el caso por el autor.

Autores como Jakobs, Jescheck y Stratenwerth incorporan criterios normativos que son útiles herramientas para solucionar el problema de la relación causal en sí. Desde la misma evolución de la teoría de la *conditio sine qua non* son consideraciones jurídicas las que morigeraron los excesos de la causalidad natural, mediante teorías como las de la causalidad adecuada, relevancia típica o la mencionada de la imputación objetiva, eslabón de una evolución normativa que, por definición, no estableció un número de reglas cerrado. Hablan de desviación no esencial cuando se trata de riesgos característicos de la acción prohibida, pues el fin de la norma no consiste en impedir la realización de riesgos vitales generales.²⁸⁹

²⁸⁹ Garibaldi, Gustavo E.L. y Leonardo Pitlevnik, *Op. cit., Error y...*, pp. 51 -52.

Garibaldi, al abordar los supuestos de error establece la presencia de nuevas formas de resolver problemas que se presentan con la dogmática, tal es el caso que, logra distinguir un esbozo de la imputación objetiva para alcanzar la responsabilidad del sujeto. Por su parte Jescheck apunta con claridad y dotando su argumento con distintos ejemplos:

Al error de tipo se contraponen el error sobre la antijuridicidad (error de prohibición) (cf. *Infra* § 41 II y III). El error de tipo es el error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos con los que la orden normativa adquiere eficacia (v.g. un cazador ignora que dispara contra un buscador de setas, al que en el crepúsculo confunde con una pieza cinegética). Por el contrario, el error de prohibición es el error acerca de que un determinado comportamiento, advertido correctamente por el autor en su estructura objetiva, se halle jurídicamente prohibido (v.g. el trabajador extranjero ignora que en Alemania está prohibida y es punible la caza de aves canoras).

a) La diferencia entre error de tipo y error de prohibición no se ha impuesto hasta tiempos recientes. El RG basó su jurisprudencia, conforme a la tradición, en el distingo entre error de hecho (error facti) y error de derecho (error iuris), que aún puede encontrarse frecuentemente en el extranjero (sobre la evolución hasta ahora, cf. la 2ª ed., págs. 228 y s.).[...]

También en la literatura científica existe hoy unidad de criterio acerca de que únicamente esta distinción puede proporcionar la base para solucionar los problemas del error. En realidad, ya sólo se discute sobre la ubicación del error concerniente a los presupuestos típicos de las causas de justificación (cf. *Infra* § 41 III 2). Hoy se acepta en general que el autor debe saber "lo que hace" antes de que pueda plantearse la cuestión de si es consciente de la antijuridicidad de su actuación. El error de tipo puede referirse, como el dolo, a todos los elementos objetivos del tipo (cf. *Supra* § 29 II 3), incluidos los conceptos jurídicos contenidos en el mismo (v.g. propiedad, documento, matrimonio y funcionario) y otros elementos normativos (v.g. acción sexual, dignidad humana y secreto). Si el autor

no ha comprendido el significado de tales elementos, al menos en el marco de la valoración paralela en la esfera del profano, falta el dolo. No basta con que el autor haya conocido la base fáctica del concepto jurídico.

Ejemplo. Quien desinfla los neumáticos del automóvil ajeno no puede alegar, frente a la acusación por daños, haber creído que dañar significa lesionar la sustancia de la cosa, pues basta con que el vehículo ya no sea utilizable, sin más, conforme a su destino, y esto sí que lo sabía en todo caso el autor (BGH 13, 207). En los delitos de funcionarios (§ § II I núm. 2c, 331 y ss.), el autor debe saber que tiene que realizar, en un servicio que representa una actuación de la potestad estatal (aquí el correo federal), unas actividades que conciernen precisamente al cumplimiento de áreas de administración pública (BGH 8, 321 [323]). En la prevaricación (§ 356) concurre un error de tipo si el abogado, a consecuencia de la consideración jurídicamente equivocada de las conveniencias de sus clientes, no ha advertido la contraposición de sus intereses (BGH 15, 332 [338]). Quien ignora el alcance de la subasta forzosa de su finca yerra sobre el carácter ajeno de las plantas de jardín que se llevó (OLG Celle Nds. Rpfl. 1985, 148). Es también error de tipo el del abogado respecto al contenido del inventario de bienes según el § 807 ZPO (KG JR 1985, 161). Cfr. Asimismo OLG Köln NJW 1981, 63.²⁹⁰

Podemos iniciar una reflexión que nos permita diferenciar estas figuras que nacen de la partición del error, por el hecho mismo y por la conciencia del hecho, por los elementos que actualizan al tipo y por los que es menester realizar un juicio de valor. Sin embargo, esta orientación que nos da el autor alemán es la base para que, el debate cobre nuevas ideas, tales como las de Berchemann quien distingue a las especies del error de la siguiente manera:

Dentro del error de tipo se comprende a la ignorancia y al error en sentido estricto. Y aunque una y otro son diferenciables, la distinción no produce efectos

²⁹⁰ Jescheck, Hans Heinrich, *Op. cit. Tratado de Derecho Penal...*, pp. 276 – 277.

jurídicos prácticos en materia de error de tipo –salvo las precisiones que más adelante se harán tratándose de la ignorancia y el error propiamente hablando que incida en elementos normativos del tipo penal-. De aquí que el CPF, el CPDF y el CPC los engloben indistintamente bajo el rubro genérico de "error". Dicho error o ignorancia deben implicar una falsa apreciación o desconocimiento de las condiciones reales en que actúa el agente, que apareje una discrepancia entre el hecho realizado y su representación por el agente. En tal orden de ideas:

Existirá error de tipo tan cuando el sujeto en el caso concreto y en virtud de circunstancias objetivas no se percate de la existencia del elemento típico penal de un delito (ignorancia); como cuando por circunstancias objetivas aquél aprecie de manera equivocada el hecho que realiza; percepción que es discrepante con el hecho que contempla el tipo penal (en sentido estricto.)²⁹¹

Sobre estas bases, el referido jurista comienza a desmembrar las características del error de tipo pero no será sino hasta que comience a tratar el tema del dominio o grado del conocimiento que permita atisbar una solución válida, como es el distinguir a las dos especies de error (tipo y prohibición) a través de la forma en qué pueden ser vencidos o vencibles. Berchermann dice:

De esta manera, si el dolo es el conocimiento de las circunstancias objetivas constitutivas del tipo penal, el error de tipo viene a ser su contrario. En esencia consiste en la ignorancia o la representación equivocada del agente acerca de las características del hecho que parte del dolo da relevancia típica a su conducta.

Como consecuencia de esta clase de error, el dolo desaparece. Porque en la conducta falta la voluntad y el conocimiento típicos a pesar de producir un evento objetivamente típico. En el error de tipo no hay congruencia entre el fin y el hecho que se realiza. Pues si bien el hecho se capta objetivamente por un tipo penal, el fin es atípico o al menos típicamente diverso.

²⁹¹ Berchermann Arizpe, Antonio, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano...*, p. 649.

El error de tipo se debe diferenciar del error de prohibición y del error de exigibilidad. Los tres tienen como género común la discrepancia entre lo que se realiza y su representación por el agente. Pero la diferencia específica estriba en que en el error de tipo la divergencia se da porque la apreciación del hecho objetivamente típico realizado no se corresponde con él, afectando al dolo, al ignorarse algunas de las características del hecho que son relevantes al tipo o percepción equivocada de ellas. En tanto que en los errores de prohibición o de exigibilidad, lo que se ignora o aprecia equivocadamente no es el hecho típico en sí, sino su ilicitud o alcance penal; o bien porque se percibe equivocadamente la circunstancia por la que se cree existe una causa de justificación o de inexigibilidad —que en realidad nos e da— afectando a la culpabilidad. La salvedad está en los tipos penales dolosos que contengan elementos <normativos> que impliquen el conocimiento de la ilicitud de la conducta que se realiza. Pues en tales casos el error o ignorancia sobre las circunstancias fácticas en que descansan los elementos normativos o sobre la valoración misma de tal clase específica de elementos normativos elimina al dolo y, por lo tanto, evita que la conducta sea típica; aunque para ello atrape parte de lo que sería un error de prohibición y, por ende, de la inculpabilidad del sujeto.²⁹²

Efectivamente, Berchermann encuentra el género próximo y la diferencia específica a la que aludíamos entre error de tipo y de prohibición, pero cuando se encuentra ante un tipo que posee elementos normativos, la diferencia más bien parece una semejanza que hace casi insoluble. ¿Cómo podemos resolver esto que parece un puente entre la clasificación de los errores? Debemos atender, considero, en primer lugar al tipo de elemento normativo de que se trate, que aun cuando tienden en general dichos elementos a incidir en la licitud del hecho, éstos se encuentran separados de aquellos elementos que hacen referencia a conceptos jurídicos que sólo los juristas pueden interpretar por cuanto hace a sus efectos. Tal es el caso del elemento

²⁹² *Ibidem*, p. 650.

normativo "posesión" confundido de manera general con el de "propiedad", en cuyo caso, no estaría obligado el sujeto a comprender dicho término a menos que se tratara de un perito en la materia, dígase: abogado, licenciado en derecho, etcétera.²⁹³ El mismo penalista coahuilense señala:

Mas igualmente esta clase de tipo (que incide sobre elementos normativos) tiene su salvedad en los llamados errores de subsunción y, en Coahuila, además, respecto al deber jurídico de actuar, según se verá más adelante. Pues hay que recordar que el <dolo> debe abarcar al hecho tal como lo describa el tipo penal de un delito en particular, con inclusión del conocimiento de las circunstancias que fundamentan a sus elementos normativos. Y como ya se vio, en esos casos la ignorancia que verse sobre el elemento normativo tampoco cabe como <error de prohibición>. Pues tal clase de ignorancia ya deja fuera al dolo al incidir sobre un elemento del tipo. Es decir, cuando conociendo el sujeto la circunstancia fáctica de la que deriva el carácter <normativo> de valor o desvalor del elemento típico, aquél nos e represente o tenga una creencia equivocada de su significado jurídico o cultural. Peor no cuando tiene una idea aproximada del mismo —en la esfera de lo profano— aunque ella no sea exacta, porque la inexactitud en la comprensión del significado del elemento normativo apareja un mero error de subsunción que es irrelevante para excluir el dolo y en tal caso sí podrá estimarse como error de prohibición [...]. Otra diferencia importante estriba en la fundamentación de la vencibilidad del error según sea error de tipo o de error de prohibición. La vencibilidad del error de tipo se fundamenta en la previsibilidad del resultado y sólo cabe preguntarse de si existe tal vencibilidad en virtud de la previsibilidad del resultado si el tipo penal admite la culpa. Pues en los tipos

²⁹³ Luis Jiménez de Asúa apuntó: "Aunque no pertenezca oficialmente (valga por lo expresivo este término) a la citada escuela de la acción finalista, es lo cierto que Haas-Heinrich Jescheck expone cuanto respecta al 'error de tipo' y 'error de prohibición', radicalmente de acuerdo con la mentada tendencia. También Kohlrausch-Lange se ocupa muy claramente de ellos. El 'error de tipo' puede referirse: a) al sentido del 'acontecer externo, error facti', o b) a las 'peculiaridades del acontecimiento externo' (el autor que yace con mujer casada no sabe que lo estaba). En cambio, en el 'error de prohibición' no existe la conciencia de la antijuricidad, que el dolo requiere, puesto que pertenecen a él los elementos propios y las particularidades desde la acción, en su sentido social; es decir, que el autor no comprendió la 'valoración global de la propia conducta, en la concreta situación', considerada desde su punto de vista, 'del disvalor ético-social y, en consecuencia, de la prohibición jurídica.'" *Op. cit., Tratado de Derecho Penal, Tomo V La Culpabilidad...*, p. 527.

penales necesariamente dolosos la mera existencia del error acerca de sus elementos fundamenta la invencibilidad de aquél. No sucede lo mismo con el error de prohibición, ya que la invencibilidad o vencibilidad del error se plantea para cualquier clase de delito y aquella se fundamenta en la razonable conocibilidad o inconocibilidad del carácter plenamente ilícito de la conducta o en la valoración de las circunstancias por las que el carácter penalmente ilícito de la conducta o en la valoración de las circunstancias por las que el sujeto creyó actuar al amparo de la causa de justificación o de inexigibilidad que equivocadamente se representó.

Por lo pronto, el error de tipo excluye al dolo pero deja la posibilidad de la imputación penal cuando dicho error versa sobre un tipo penal que admite la culpa, pues el error vencible permite la imputación a título culposo cuando el resultado es previsible y con la punibilidad que se asigna a la culpa. O bien, si el error de tipo es invencible, excluirá la posibilidad de que se dé el mismo tipo y, por ende, excluye a la tipicidad del hecho y su punibilidad como delito. Por último, los errores de prohibición y de exigibilidad afectan a la culpabilidad, pero dejan intacto al dolo y a la tipicidad. Así, dichos errores excluirán a la culpabilidad —y al delito— cuando sean 'invencibles', pero ella se mantendrá cuando aquellos sean 'vencibles'.²⁹⁴

Así nos damos cuenta que, a través del estudio de la vencibilidad, podemos apreciar a qué clase de error nos referimos. Hibernio destaca la aportación hecha por Graf Zu Donha:

El primero en hablar de 'error de prohibición' y de 'error sobre las circunstancias del hecho' y no de hecho, fue Graf Zu Donha, quien puso los mojoneros de esta división, que hoy prevalece en la doctrina y es la mayormente acogida.

Es importante adelantar que el error de tipo es el que tiene como objeto las circunstancias objetivas —fácticas o normativas—, que integran el tipo penal. Todo

²⁹⁴ Berchelmann Arizpe, Antonio, *Op. cit., Derecho Penal Mexicano...*, p. 651.

error de tipo excluye el dolo y deja la posibilidad de la imputación a título de culpa, cuando es vencible y existe el respectivo tipo culposo.

En cambio el error de prohibición ha sido el motivo de las más enconadas controversias en la doctrina moderna.

Sin embargo, el jurista latinoamericano no destaca mayores rasgos de los ya conocidos.²⁹⁵

²⁹⁵ Maurach escribe sobre el particular: "Constituye una necesaria consecuencia de la escisión de los errores de tipo y de prohibición que, especialmente en aquellos casos en que los tipos contienen el mandato normativo en su formulación, se plantea la cuestión acerca de si un error relativo a dichos elementos afecta materialmente al tipo (quedando de tal manera bajo el alcance del § 16) o si se trata de un error referido al *mandato normativo* (que no afecta al dolo, pero que, siendo inevitable, excluye la culpabilidad).

Al respecto ver fundadamente el § 23, no. 9 y 10 (con numerosos ejemplos para casos límite) y § 24, no. 1 y ss.; respecto del error acerca de elementos normativos del tipo, en general, ver § 37, no. 44 y siguientes. Ya anteriormente -ver en el no. 15- se destacó que (siguiendo a Welzel) *los elementos generales del delito* ('elementos especiales de antijuridicidad') pueden también ser objeto del error de prohibición (abstracto). La antigua controversia entre Welzel y la doctrina dominante, conforme a cuya acertada opinión el número de elementos generales del delito estaba fuertemente exagerado a costa de otros elementos (en profundidad, 3ª ed., 408), está hoy, en lo esencial, resuelta; a saber, en parte gracias a la 3ª StrRG con su nueva formulación del derecho de resistencia (§ 113; cfr. § 37, no. 40), y en parte debido a que Welzel, Lb. 82, modificó esencialmente su concepción. Quedan tan sólo algunas cuestiones en discusión. Como elemento de antijuridicidad considera Welzel, entre otros, la calidad de funcionario del autor (consecuencia: irrelevancia de un error cometido al respecto). Esta concepción, compartida por el BGH 8, 324, en relación con los delitos funcionarios auténticos, es rechazada por la mayor parte de la literatura (Schönke-Schöder-Cramer, § 15, no. 44); la calidad de funcionario constituye elemento del tipo; un correspondiente error del autor debe ser tratado conforme al § 16. Para el tratamiento como error de prohibición acerca de la posición de deber de un agente *factivo* en el marco del § 283, ver BGH StrVert. 84, 461 con nota de Otto. La interpretación de la traición a la patria, conforme al § 356 (ver § 37, no. 47), fue y sigue siendo problemática. En el caso del abandono no permitido del lugar del accidente (§ 42) son posibles los errores de tipo y de prohibición en numerosas variantes (cfr. Schönke-Schröder-Cramer, § 142, no. 70 y siguientes). Así estamos frente a un error de tipo si el autor no sabe que efectivamente se ha ocasionado un daño, o si cree que todas las medidas necesarias fueron adoptadas (OLG Stuttgart NJW 78, 900). Existiría un error en las circunstancias de hecho si el autor, equivocadamente, partiera de una renuncia de los partícipes en el accidente (Schönke-Schröder-Cramer, § 142, no. 70, con notas). Se da un error de valoración y con ello un error de prohibición enjuiciable conforme al § 17, cuando el autor, sobre la base de representaciones jurídicas equivocadas, yerra acerca de la magnitud y de los límites del deber de cuidado (Schönke-Schröder-Cramer, *Op. cit.*, no. 71, con notas; OLG Stuttgart NJW 78, 900, y OLG Düsseldorf NJW 86, 2001). También las representaciones equivocadas que se haya hecho el autor, acerca del carácter de permitido que tenga el miedo de presión en el § 240, están sometidas a las reglas del error de prohibición. (Maurach, Reinhart, et. al. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo 1, Astrea, [Trad. De la 7ª ed., alemana por Jorge Bonfill Genzsch y Enrique Simone Gibson], Buenos Aires, 1994, p.)

3.2.1. Tesis establecidas para diferenciar entre el error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición.

Cuando no se distingue un concepto de otro, ya sea por su origen o por sus efectos, es claro que el mismo concepto pudiera ser equívoco y al mismo tiempo no estar cumpliendo con su función de categorizar al objeto. Blanco Lozano expone las tesis más importantes en las que se logra vislumbrar la solución para distinguir estas clases de error.

Partiendo de las categorías establecidas por Mezger sobre la *teoría de la valoración paralela en la esfera del profano*, Blanco Lozano destaca nuevas teorías que, sin embargo, se apropian de un sector pero no de la total circunferencia del problema.

3.2.1.1. Tesis de los hechos *naturales e institucionales*.

Esta formulación, debida a Damstädt, parte de las dos siguientes bases de consideración:

- a) Son hechos *naturales* los integrados por los elementos descriptivos del tipo.
- b) Por el contrario, son elementos *institucionales* aquellos representados por los elementos normativos del tipo penal²⁹⁶.

²⁹⁶ Damstädt, *Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, en *JuS* 1978, pp. 441 ss, citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 371.

Para el citado autor, en consecuencia, los hechos *naturales* pueden describirse en el tipo penal de un modo exhaustivo, a través de la referencia a 'estados o propiedades físicas o psíquicas'.

Ahora bien, en el supuesto de los hechos *institucionales*, los mismos no pueden ser taxativamente enunciados en la formulación típica, y ello en tanto en cuanto 'poseen al menos una propiedad atribuida socialmente'.

En consecuencia a lo apuntado, conforme a la citada tesis de los hechos *naturales* e *institucionales*:

- a) El error de tipo se integra cuando el sujeto activo yerra sobre algún hecho *natural*.
- b) El error de prohibición se concreta, sin embargo, cuando el sujeto desconoce la *relevancia social inherente al hecho por él ejecutado*.²⁹⁷

Criticamos esta tesis porque para terminar la misma, el autor germano se olvida de los elementos institucionales y aun cuando no lo hubiera hecho, si bien resulta plausible la explicación inicial, deja muchos vacíos dentro de la misma que no permiten distinguir entre el error en los elementos normativos y el error de prohibición.

3.2.1.2. Tesis del error de objeto y de concepto.

Ha sido Haft el que ha propuesto la delimitación entre error de tipo y error de prohibición sobre la base de que en la ley penal se hallan insertos tanto *objetos fácticos* como *conceptos jurídicos*.²⁹⁸

De este modo, la teoría de Haft es que si el error del agente recae sobre un *elemento típico de carácter fáctico*, entonces nos hallaremos ante un error de hecho, mientras que si el sujeto yerra en la ponderación de un *concepto jurídico derivado de la norma penal aplicable*, el error será de Derecho.

²⁹⁷ Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal*..., pp. 371 - 372.

²⁹⁸ Haft, *Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, en *JA*, 1981, pp.281 ss, citado por Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal*..., p. 372.

Como una razón ha puesto de manifiesto Kuhlén²⁹⁹, esta tesis, además de no hallarse exenta de una cierta artificiosidad, deviene difícilmente aplicable en supuestos de error sobre determinados contenidos del tipo que, no sólo ostentan una vertiente fáctica, sino que precisan de ciertas delimitaciones de carácter jurídico.³⁰⁰

Si nos remitimos al estudio sobre la evolución del error, lo cierto es que esta tesis se inscribiría dentro de aquellas que han soslayado la vinculación tan estrecha entre el hecho y el derecho que su devenir trajo consigo al error de tipo (y sus clases) y al de prohibición, por tanto, esta tesis ya no puede considerarse ni actual, ni novedosa y ni siquiera solucionadora del problema planteado.

3.2.1.3. Tesis de la *teleología reducida*.

Por su lado, Schlüchter nos habla de la necesidad, en orden a la apreciación del error de tipo frente al de prohibición, de aplicar *una visión teleológicamente reducida del supuesto de hecho*³⁰¹.

Y es que, esta autora, se basa para ello en la consideración de que el dolo exige que *el agente haya aprehendido el significado lesivo de su conducta*.

De este modo, para Schlüchter:

- a) El error de tipo se concreta cuando el sujeto activo yerra sobre alguno (-s) de los *elementos de valoración global de los hechos individuales*.
- b) El error de prohibición, por contra, queda reducido a los restantes supuestos de vicio en la *ponderación de los componentes relativos al bien jurídico*.

²⁹⁹ Vid. Kuhlén, *Die Unterscheidung von vorzatsausschliessendem und nichtvorszatsausschliessendem Irrtum*, 1987, pp. 125 ss., citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 372.

³⁰⁰ Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 372.

³⁰¹ Vid. Schlüchter, *Irrtum über normative Tatbestandemerkmale im Strafrecht*, 1983, p. 112., citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 373.

Esta teoría de la *teleología reducida*, además de desvirtuar -cosa por lo demás no infrecuente en la Dogmática- el contenido y significado de la antijuricidad delictiva, viene -como ha puesto de manifiesto Puppe- a olvidar que, en el fondo, todos los elementos típicos vienen referidos al bien jurídico protegido, así como a los propios límites de su salvaguarda.³⁰²

Sobre el particular nos unimos a la crítica realizada por Puppe, habida cuenta que no resuelve ni abarca el problema de distinguir estas clases de error.

3.2.1.4. Tesis de la distinción entre *error de Derecho penal* y *error de Derecho extrapenal*.

Una cierta línea doctrinal contemporánea, capitaneada por autores como verbigracia Tischler³⁰³, ha venido a recuperar una antigua tesis jurisprudencial germana, que, en aras a la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición, se basa a su vez en la delimitación entre el *error de Derecho penal* y el *error de Derecho extrapenal*.

En tal sentido, ha sido el *supra* citado Kuhlen, el autor que tal vez ha llegado más lejos en esta línea.

En síntesis para Kuhlen:

- a) El error de tipo se concreta cuando el agente desadvierte:
- a') Un hecho objetivo inherente al tipo penal; o bien:

³⁰²Puppe, *Recensión a Kuhlen, Die Unterscheidung von vorzatsausschliessendem und nichtvorsatzausschliessendem Irrtum*, 1987, en *ZStW* 102, 1990, pp. 892 ss., citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 373.

³⁰³Vid. Tischler, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandmerkmale*, 1984, pp. 83 ss., citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 373.

b) Un concepto jurídico ajeno al Derecho penal

b). El error de prohibición, por contra, opera cuando el sujeto activo tiene axiológicamente viciada la contemplación valorativa de conceptos jurídicos propios del Derecho penal.

En nuestra opinión, esta tesis, aunque resulta tal vez algo más simple conceptualmente y menos enrevesada que las anteriores —lo cual ya es de agradecer—, incurre de nuevo en el error de desvirtuar la categoría de la antijuricidad, la cual es de carácter y naturaleza unitaria [...] de manera que no es posible, ni por tanto correcto, distinguir una antijuricidad *penal* y otra *extrapenal*: la antijuricidad es la contrariedad al Derecho en su conjunto, sin que a tal efecto puedan existir fronteras internas que dividan al Ordenamiento jurídico en el sentido apuntado por la citada línea doctrinal.³⁰⁴ - 305

³⁰⁴ Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 373.

³⁰⁵ Trapero Barreales destaca la crítica sobre la distinción aludida: “Esta distinción tampoco puede realizarse en el sector del error sobre las causas de justificación sin caer en contradicciones: así, en ocasiones el RG califica como error de Derecho extrapenal el error sobre la existencia o los límites del derecho de autoauxilio regulado en el Derecho civil, pero sin embargo califica como error de Derecho penal el error sobre los límites del derecho de detención regulado en el StPO. En el concepto de legítima defensa, causa de justificación regulada tanto en el Derecho penal como en el Derecho civil, se demuestra también la imposibilidad de la distinción entre el error de Derecho penal y extrapenal: es imposible que el error de Derecho sobre el concepto de autoauxilio sea en parte jurídico-civil, y por tanto relevante, y en parte jurídico-penal, y por tanto irrelevante.

Frente a esta tesis relativa a la irrelevancia del error de Derecho penal se añade que la antijuricidad del comportamiento no puede depender de su regulación por un determinado sector jurídico, de si se prohíbe en una rama del ordenamiento o si se prohíbe al mismo tiempo en otro sector del ordenamiento, o si la causa de excepción se encuentra regulada en una rama jurídica o en otra. Además, se podría añadir que los conceptos originariamente pertenecientes a un sector jurídico no penal, por su inclusión o utilización en la descripción de la ley penal formarían parte integrante de la misma y, en consecuencia, el error sobre dicho concepto en origen extrapenal pasaría a ser un error de Derecho penal.

Por otro lado, el RG y la doctrina que le sigue admite excepcionalmente que el error de Derecho sí tiene eficacia excusatoria cuando se menciona expresamente el elemento ‘antijurídico’ en la descripción de la conducta típica. Esto, sin embargo, debería conducir a la admisión general de este error, ya que tal elemento está implícitamente mencionado en todos los tipos penales. Por tanto, la diferente solución al error dependiendo de la mención expresa o no del elemento antijurídico es muestra de la falta de coherencia interna y tratamiento dogmático de esa teoría.

Tampoco es válida la distinción entre el delito natural y el delito artificial para exigir la conciencia de la prohibición de la conducta porque la mención expresa del elemento ‘antijurídico’ se realiza en el StGB, Código en el que principalmente se recogen los delitos que afectan a los bienes jurídicos más importantes —al menos así sucede en la primera etapa de la codificación en los delitos más importantes—. Además, si bien es cierto que en los delitos naturales es difícil el error sobre la antijuricidad de la conducta porque estos delitos tratan de prohibir la lesión de los bienes jurídicos más importantes y con un reconocimiento en todos los ordenamientos jurídicos, por tanto, es cierto el argumento del conocimiento por todos de la prohibición de dichas conductas, sin embargo este argumento pierde peso si se pone en relación con la distinción entre el error de prohibición directo y el error de prohibición

Al salirse de la unidad a que hace referencia Blanco Lozano, Kuhlén rompe con la posibilidad de dar respuesta a aquellos que consideran que todo error, de tipo y de prohibición, es de derecho, ya sea por errar en un elemento del tipo (que no es otra cosa que una figura jurídica) o por el yerro respecto al carácter ilícito de una conducta (finalmente, una cuestión de derecho). Por lo que no da una solución válida para distinguir estas clases de error.³⁰⁶

indirecto. A través del error de prohibición indirecto el sujeto cree que su conducta es lícita por estar amparado por una causa de justificación (o por el error sobre los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento jurídico) y este error puede afectar a todos los delitos, incluidos los de índole natural (la vida, como bien jurídico superior o más importante, no tiene una protección absoluta, como lo prueba el reconocimiento de la legítima defensa como causa de justificación que legitima la muerte del agresor para impedir o repeler una agresión ilegítima)." Trapero Barreales, María, *El Error en las causas de justificación*, Tirant [monografías, 326], Valencia, 2004, pp. 69 – 70.

³⁰⁶ Frisch establece: "Con respecto al abandono de la distinción entre error de Derecho penal y error de Derecho extrapenal y al pronunciamiento de la jurisprudencia a favor del requisito de la valoración paralela en la esfera del profano (que viene a preservar la existencia del dolo) hay que decir, sin embargo, que no se puede valorar ya en exceso su función simplificatoria, porque la manifestación del BGH favorable a la fórmula de la valoración paralela apenas sirve para facilitar la comprensión de esta materia, porque el problema no se resuelve con la aplicación de esta fórmula y porque, aparte de ello, recientemente se ha vuelto a desarrollar en la doctrina una simpatía innegable por la distinción del *Reichsgericht*, de modo que casi se podría decir que se han invertido los frentes de la discusión. En el fondo, ésta sólo ha quedado simplificada en tanto que ahora se encuentra fuera de duda la impunidad del autor en el caso del error inculpa de prohibición, pero las situaciones que con ello se sustraen a la discusión apenas tienen importancia desde el punto de vista de su extensión.

A este efecto simplificatorio relativamente tan reducido —si se lo compara con el espectro de cuestiones en que se movía la antigua discusión— se opone la complicación que resulta de la *apertura de nuevos frentes de polémica*. Puesto que el nuevo punto de vista, que considera ya como excluyente del injusto un determinado sector de los casos de error, no se ha impuesto (34) completamente, sino que se encuentran todavía pronunciamientos a favor de concepciones sistemáticas para las que el dolo se halla fuera del injusto y pertenece a la culpabilidad, la discusión sobre el error se presenta ahora alcanzada adicionalmente por la polémica acerca de la significación sistemática del error (¿exclusión del injusto o exclusión de la culpabilidad?), auzante de la discusión precedente. Y, puesto que además tampoco existe unanimidad, entre quienes consideran posible la existencia de errores excluyentes del injusto, en cuanto a la línea correcta de demarcación de esos errores y los que sólo excluyen la culpabilidad, a ello viene a añadirse una enreñada discusión sobre la adecuada ubicación de ciertas constelaciones de error. Dado que, por lo demás, está muy extendida la opinión de que estas decisiones sistemáticas previas depende también la solución correcta de determinadas cuestiones prácticas externas a la doctrina del error, como la de la punibilidad de la participación, la discusión sobre el error se ve inmersa también en la vorágine de ciertos temas que se hallan en un plano completamente diferente. Incluso el general reconocimiento de la impunidad del autor en caso de error inculpa de prohibición ha creado un nuevo frente de disputa en torno a la cuestión de con qué criterios se determina y qué extensión tiene tal clase de error. La imagen global que así se produce no es en un modo alguno más clara que la que existía en la situación anterior." *et al., El error en el Derecho Penal, Ad Hoc*, Buenos Aires, 1999, p. 34.

3.2.1.5. Postura de Blanco Lozano.

Consideramos que la solución al problema de la distinción entre error de tipo y error de prohibición deber partir, ante todo, de bases sencillas y claramente comprensibles para el intérprete y/u operador jurídico, ya que de lo contrario el trabajo delimitador carecería de toda fertilidad más allá de la mera elucubración.

De ahí que deba optarse por una solución al problema planteado —ya de por sí ciertamente pantanoso— que trate de reconducirlo hacia los términos más claros, concisos y operativos posibles.

Es por ello por lo que apostamos por la siguiente distinción:

a) Hay error *de tipo* cuando el autor yerra en la contemplación de alguno de los elementos expresamente definidos en el tipo legal, ya sean elementos típicos de carácter objetivo o elementos típicos de carácter normativo.

b) Hay error *de prohibición* cuando el autor yerra en la consideración de la antijuricidad de la conducta típica, al *suponer* que la misma se halla amparada por el Derecho, esto es, al creer que está actuando *jurídicamente*, conforme a Derecho.³⁰⁷

Lo paradójico es que el autor en cita, al tomar una posición, no resuelve la distinción buscada. Resulta claro que quien yerra en algún elemento del tipo, también *puede suponer*, que está dentro del derecho su propio actuar. Nos remitimos a aquel que piensa que la joven "estuprada" "si estuviera más joven (pensando todavía que es mayor de 18 años) sería delito". "Más tarde se entera que, efectivamente es más joven..."

Por cuanto hace a nuestra opinión existen dos especies que fungen de vasos comunicantes entre el error de tipo y el error de prohibición: la primera especie consiste

³⁰⁷ Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 374.

en el llamado error de subsunción, el cual advierte una falta de conocimiento sobre un elemento normativo y cuya naturaleza, que atiene a la antijuridicidad del acto, es distinguible bajo el criterio en el que dicho elemento como parte integrante de los elementos del tipo, pertenece, por predominio o pertenencia al error de tipo; en cambio, la segunda especie se refiere, como lo veremos en el capítulo siguiente, al error en los presupuestos fácticos, mediante los cuales, una persona considera justificado su actuar, ello, toda vez que incide en la creencia errónea (bajo el supuesto que ya discute sobre la antijuridicidad o no del acto) será, bajo el criterio de predominio o pertenencia, que sostenemos, al error de prohibición.

3.3. El objeto del error sobre los elementos del tipo.

Hemos abordado en el capítulo anterior a qué elementos nos referimos cuando establecemos los relativos al tipo penal, resulta entonces claro que cuando nos aproximamos a las características que trae consigo la figura del error de tipo, debemos hacer un recordatorio de esos elementos objetivos, con los que en un principio se hacía la correspondencia con el error de hecho, y con los subjetivos que lo diferencian, pero que al mismo tiempo tienden un puente hacia el error de prohibición. Bacigalupo, autor al que hemos seguido para establecer el *leit motiv* de este trabajo señala:

La posición de Busch es puramente empírica y, en definitiva, parece remitir la cuestión al sentimiento jurídico, pues, en base a éste se limitaría el principio que correlaciona el dolo al conocimiento de los elementos del tipo. La posición que representa Gallas, en cambio, se apoya sólo en una cuestión terminológica que

ya ha sido puntualizada por Armin Kaufmann. Si se quiere llamar 'tipo de injusto' al que contienen tanto los elementos del acto (incluyendo los elementos objetivos del hecho, el dolo y los demás elementos subjetivos del autor) como los elementos del deber jurídico, ya no podrá hablarse de error de tipo pues, habrá errores sobre la antijuricidad, que estarán referidos a elementos del tipo de injusto.

La posición de Schmidhäuser, en cambio, supone que en todos los casos el tipo puede brindar una descripción objetiva de la materia de la prohibición. Pero ello, en realidad, convierte a la antijuricidad en presupuesto de la adecuación típica, contradiciendo así su propia afirmación de que 'la falta de justificación no fundamenta la antijuricidad' razón por la cual 'al darse el suceso que corresponde al tipo de injusto, ya está fundamentando lo injusto'.

Un párrafo aparte merece la posición de Roxin, quien apoyándose en la teoría de los elementos negativos del tipo, piensa que estos elementos presentan un aspecto descriptivo determinante de lo injusto -que pertenece al tipo- y otro aspecto que los refiere directamente a la prohibición o antijuricidad del hecho. La opinión de Roxin tal vez se superponga en parte con la de Bebing respecto de este mismo problema y está destinada a sostener la teoría limitada de la culpabilidad.³⁰⁶

Bajo este esquema planteado por Bacigalupo, añadimos lo escrito por Fletcher, quien haciendo acopio de una cultura jurídica distinta se adentra en esta dinámica y escribe:

Hay un acuerdo generalizado en que el error sobre alguno de los elementos integrantes de la tipicidad del delito excluye el dolo requerido por el tipo del delito en cuestión. Es lo menos que cabe esperar de una cultura jurídica que obviamente reacciona de forma diferente si el sujeto pensaba que disparaba

³⁰⁶ Bacigalupo, Enrique, *Op. cit.*, Tipo..., p. 60.

contra un muñeco de cartón, aunque la bala alcanzara a una persona. Esto es lo que los penalistas alemanes denominan error de tipo, que excluye el dolo del tipo de delito en cuestión, tal como disponen el art. 16 del Código penal alemán. Los juristas del *Common Law* se aproximan al problema buscando, en el respectivo precepto legal o en un precedente judicial, el concepto de dolo que requiere el respectivo tipo de delito, y, una vez que se ha encontrado el concepto de dolo específico para ese delito, deducen si en el caso concreto el error excluye ese dolo o no. Así, por ej., si en el delito de asesinato el dolo se define como la intención de matar a otra persona, el intento de disparar contra un muñeco de cartón excluirá ese dolo y es probable que bloquee la posibilidad de perseguir criminalmente el hecho.

Lo más que puede hacerse frente a este tipo de error de exigir una responsabilidad por imprudencia, siempre que se den los elementos de esta forma de imputación criminal. Esto, además, sólo es posible en los casos en los que se admite expresamente esta posibilidad de incriminación. Esta clase de error debido a una falta de diligencia grave y no razonable tiene, por tanto, una doble vertiente: por un lado, excluye la responsabilidad por la comisión dolosa de la respectiva conducta por otro; permite exigir, en su caso, una responsabilidad por imprudencia.^{309, 310}

³⁰⁹ Fletcher, George P., *Op. cit.*, *Conceptos Básicos...*, p. 230.

³¹⁰ Santiago Mir adelanta:

Debe distinguirse entre error sobre elementos esenciales y elementos accidentales del tipo.

a) *Error sobre elementos esenciales.*

Pueden suceder dos cosas: que el error sea *vencible*. Error *vencible* es aquel que hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado, por lo que puede considerarse error «imprudente». Error *invencible* es, por el contrario, el que no hubiese logrado evitarse ni aun aplicando la diligencia debida (error «no imprudente»). De esta característica ya se desprende el tratamiento que, en principio, merezcan ambas clases de error:

a) El error *vencible* excluirá el dolo pero no la imprudencia por lo que procederá de ser posible ésta en el delito de que se trate; la estimación de la modalidad de *imprudencia* correspondiente. Ahora bien, en el CP actual la imprudencia no es punible en la mayoría de delitos (ver Lección 11), por lo que el error *vencible* determinará generalmente la *impunidad*.

b) El error *invencible* excluirá tanto el dolo como la imprudencia, por lo que en principio dará lugar a la *impunidad*, pues en el Derecho positivo general sólo se prevén tipos dolosos o tipos culposos, de modo que la para causación de un resultado lesivo sin dolo ni imprudencia resulta *atípica*.

Este planteamiento fue introducido expresamente en el CP por la reforma de 25 junio 1983 y ha sido ratificado por el art. 14, 1 del actual CP. Según su primer inciso «el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal». El segundo inciso del mismo número añade: «Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente».

Con estas ideas, Fletcher refuerza el conocimiento sobre los efectos que derivan del error, llámese de hecho o de tipo. Ahora bien, por cuanto hace al error de tipo, éste debe incidir en sus elementos, los cuales, al final, nos permiten diferenciar al error de prohibición del error de tipo, cuando éste incide en el denominado error de subsunción.

De este modo, puede existir una discrepancia entre la realidad y la visión del sujeto activo, y al efecto debemos remitirnos a los elementos del tipo a que hicimos referencia en la primera parte del capítulo anterior. Así el error que nos ocupa debe incidir sobre la descripción típica y sus elementos: sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material, bien jurídico tutelado, conducta de acción dolosa, resultado material, medios comisivos, circunstancias de tiempo, circunstancias del lugar, circunstancias de ocasión, circunstancias de modo, elementos normativos y/o elementos subjetivos del injusto.

El número 1 del art. 14 CP que acabamos de citar regula el error *de tipo*, mientras que el número 3 del mismo artículo regula el error *de prohibición*. El error sobre un elemento del tipo de injusto constituye, en efecto, un error «sobre un hecho constitutivo de la infracción penal»

También se refiere a un elemento de esta última clase el error sobre algún presupuesto típico de una causa de justificación, porque igualmente afecta a «un hecho constitutivo de la infracción penal». Mas esta especie de error, así como el de prohibición, han de ser examinados más adelante (cfr. *Infra*. Lección 16, I 5 y Lección 21, II 2).

Se ha criticado la terminología del actual art. 14 CP, al distinguir entre error «sobre un hecho constitutivo de la infracción penal», separándose tanto de la contraposición clásica error de hecho y de *Derecho*, como de la actual error de *tipo* y de prohibición. Para que no quede una zona no cubierta por el término «hecho» ni por la expresión «ilicitud del hecho», habrá que incluir en el primero los elementos jurídicos del tipo o de las causas de justificación. Así, el error sobre la *ajenidad* de la cosa sustraída debe considerarse error sobre un hecho constitutivo del tipo del hurto- y tanto si el error se debe a una confusión fáctica de una cosa ajena por otra propia, como si procede de desconocimiento de una norma de *Derecho* civil que atribuye a otro la propiedad de la cosa-. En todo caso el error sobre la *ajenidad* determinará una comprensión errónea del *hecho* que se realiza: se creará realizar un hecho consistente en tomar una cosa propia cuando en realidad el hecho efectuado es tomar una cosa ajena.

La suposición errónea de que concurre algún elemento esencial del tipo de injusto («error al revés») plantea una problemática totalmente distinta: da lugar a una *tentativa inidónea*. (*Derecho Penal, Parte General*. 7ª ed., B de F, Argentina, 2004, pp. 273 - 275.)

3.3.1. Error en el sujeto activo o pasivo.

Múltiples ejemplos dados por la casuística alimentan a la dogmática al respecto, de aquélla surgen los problemas que se plantean al sistema. Para distinguir cada uno de los elementos del tipo,

Es común citar el caso de la joven estuprada y lo relativo a la edad de la misma como un ejemplo común. Más allá de esto nos encontramos con casos como el de dos grupos policíacos (sin uniforme) de distintas corporaciones que persiguen a grupo de delincuentes, al llegar a un punto determinado, los delincuentes logran huir y los grupos policíacos se encuentran frente a frente (ambos desconocen que el grupo que tienen enfrente son policías), ambos grupos creen estar frente al grupo de delincuentes que perseguían y entonces se desata la balacera. Se podría pensar que estamos frente a un error de tipo y en particular al error sobre el sujeto pasivo, sin embargo, dado que el error va a incidir en el hecho que consideran ambos grupos que está justificado el hecho de repeler y en su caso detener al grupo antagónico, resulta que se trata de un error de prohibición y no de tipo, como aparenta. Y esto ocurre así porque el error de tipo, y en particular el error sobre el sujeto pasivo requiere una cualidad que el mismo tipo exija ya sea sobre la calidad del sujeto activo o la del sujeto pasivo. Berchelmann escribe:

1. El error sobre la calidad del sujeto activo o pasivo

En estos casos el sujeto activo ignora o percibe falsamente su 'calidad' o la 'calidad' del sujeto pasivo que señala la figura típica. Por ejemplo; los hermanos que tiene relación sexual sin saber de su parentesco, pues desde su nacimiento

se les dio en adopción a distintos adoptantes. (Incesto en los artículos 272 del CPF y 326 del CPC.) Cuando el error recae en un sujeto a quien la ley caracteriza por alguna circunstancia destacada que aparece como determinante para la lesión jurídica o la punibilidad del hecho, el error del sujeto activo será relevante para excluir el dolo. Por ejemplo, el sujeto que yace con una mujer en el domicilio conyugal de ésta, ignorando que es casada. (Adulterio en los artículos 273 del CPF y 327 del CPC.) El sujeto que mediante engaño tiene cópula con una persona que —por sus características físicas y porque ella y las amigas de ella se lo dijeron— la cree de 18 años de edad o más, cuando en realidad tiene menos de 18. (Estupro en los artículos 262 del CPF y 180 del CPDF.)

El error sobre el sujeto 'cualificado' también puede recaer en alguna circunstancia destacada, cuya lesión jurídica aparece como determinante para disminuir la punibilidad del hecho o para incrementarla, en relación con la que prevé el tipo penal 'básico'. Así cuando el sujeto actúa con el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo penal básico pero ignora la circunstancia por la cual se agrava la punibilidad del tipo, de todas suertes se concretan los elementos para punir por el tipo básico aunque faltarán los necesarios para incrementar la pena con base en la modalidad agravante, toda vez que respecto de ella está ausente el dolo. Ejemplo: la violación de un incapaz mental sin saber de esta particularidad no impide la realización del tipo del artículo 384 del CPC, pero sí imposibilita la agravante del mismo que prevé el artículo 387 del mismo código. Ahora bien, el error sobre alguna 'calidad' del sujeto u objeto que sea determinante para la reducción penal, podrá ser relevante para excluir el dolo del tipo penal 'básico' y sancionar el hecho con la punibilidad del tipo penal 'privilegiado'. Ejemplo: el padre que informado erróneamente del día del nacimiento de su hijo, mata al pequeño por padecer graves deformaciones, creyendo que tiene menos de 72 horas de nacido, cuando en realidad tienen más de ese tiempo. (Infanticidio en el 356 del CPC.) Supuesto en el que el dolo de infanticidio absorbe al del homicidio, circunstancia que beneficiará al sujeto con la penalidad correspondiente (solución que

expresamente se adopta en la fracción II del artículo 46 del CPC.) Nótese que el error en sentido inverso será irrelevante para excluir el dolo del tipo 'básico'. Es decir, cuando recaiga sobre una 'calidad' inexistente del sujeto pasivo u objeto material que sería determinante para convertir al tipo 'básico' en uno 'complementado' (agravado.) Por ejemplo: el sujeto activo cree matar a su padre sin que peste lo sea. En este caso, objetivamente faltaría la 'calidad' del sujeto pasivo que es a la vez 'objeto material' y presupuesto necesario para la tipicidad del parricidio. Sin embargo, subsiste el tipo penal doloso de homicidio. Al respecto cabe mencionar que no hay paz en la doctrina en cuanto el caso anterior se deba tratar como homicidio. Se afirma que lo importante es el desvalor de la acción y no el desvalor del resultado. Por lo tanto, habría parricidio en grado de tentativa. Ahora bien, esa postura desatiende la realidad objetiva del tipo penal; a la cual primero se deben ajustar la conducta y el hecho típicos. Igualmente, que el aumento de la pena se da no sólo en atención al desvalor de la acción desligada de la situación en la que aquella ha de tener lugar, porque el mismo desvalor específico de la acción de parricidio depende de que alguien prive de la vida a su padre o al menos lo coloque en peligro de morir. Mismo desvalor que falta en el caso. La postura de que sólo importa el desvalor de la acción sin atender a las demás condiciones de las que surge la tipicidad, conlleva, además, tendencia al autoritarismo. Porque entonces se puniría por lo que el Estado considere disvalioso aunque no dañe ni ponga en peligro (lesivamente) a un bien jurídico.³¹¹

3.3.2. Error en el objeto material.

Al abordar el problema relativo al error sobre el objeto material, recordamos aquel caso en el que un sujeto adquiere lo que considera son sólo piedras de ornato, sin embargo se trata de "piedras que contienen fósiles o moluscos". A partir de ese

³¹¹ Berchelmann Arizpe, Antonio, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano...*, pp. 656 - 657.

momento estaríamos frente a un error de tipo por cuanto a la equívoca percepción de lo que está adquiriendo, pero, cuando decide enviarlas fuera de México, sin conocer que sacar ese tipo de piedras constituye un delito, se puede establecer con claridad que se está tratando de un error de prohibición, pues incide en el desconocimiento, primero de la sustancia y luego de la normatividad que le es aplicable. Por lo que debe observarse que para que se trate de un error de tipo por cuanto al objeto material, éste debe estar exento del ámbito normativo y el desconocimiento sobre la justificación del mismo.

Berchelman señala:

En el error sobre el objeto, el sujeto tiene una percepción equivocada de la cosa sobre la que recae su conducta como 'objeto material' que describe o implica el tipo penal del delito. Es importante diferenciar los siguientes casos de error en el objeto material:

En el primer caso, el error recae sobre la <naturaleza> del objeto material: el sujeto activo puede confundir al objeto material que el tipo describe de forma genérica, con otro objeto esencialmente diferente. Ello elimina el dolo de aquél. Ejemplos: el sujeto activo cree que le dispara a un venado, cuando en realidad le tira a una persona, causándole la muerte (homicidio.) [...]

En el segundo caso, el error incide sobre la <identidad> del objeto material: El sujeto activo no se desorienta acerca de la naturaleza del objeto material, sino que confunde su identidad. Lo cual no elimina al dolo, porque el error no altera la voluntad y el conocimiento del sujeto activo acerca del 'objeto material' sobre el que recae su conducta y que sí describe el tipo penal de manera genérica. Ejemplos; el sujeto activo mata a Pedro, al creer que es Juan (error en identidad de la persona.) El sujeto activo se apodera de un collar

creyendo que es de diamantes, cuando en realidad son cuentas de vidrio (error en la identidad del objeto en sentido estricto.)³¹²

3.3.3. Errores relevantes e irrelevantes.

Fletcher, autor anglosajón interesado en la dogmática alemana hace alusión a los errores relevantes e irrelevantes. Con ello busca establecer las bases para la distinción dogmática de los mismos:

Para conseguir la condena de un acusado, la acusación debe establecer que el delito se produjo dentro del ámbito de la competencia territorial del Tribunal que ha de juzgar el delito en cuestión. Así, por ej., para acusar a alguien de haber cometido un delito conforme a la Ley de California, el acusador debe probar que el delito se ha cometido en California. Supongamos que en nuestro ejemplo el disparo alcanzó al policía en California, pero el sujeto que lo realizó pensaba que tanto él como el policía se encontraban en la parte del lago Tahoe que está dentro del estado de Nevada. ¿Es esto un error relevante? Desde luego que no. En esta materia lo que importa es dónde el suceso ocurre, no la impresión personal que tenga el sujeto sobre dónde ocurre.

Supongamos ahora que el funcionario de una embajada piensa que por razón de su cargo goza de inmunidad diplomática por los delitos que cometa, por ej. La conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas. Sin embargo, en realidad, no le corresponde esta inmunidad. ¿Es este error relevante? Desde luego que no. Tampoco en este caso la cuestión de si alguien goza o no de inmunidad diplomática depende de lo que personalmente crea el sujeto en cuestión. [...]

Para determinar cuándo un error se refiere a un problema sustantivo o procesal se pueden utilizar dos criterios: uno es si el error está relacionado con la

³¹² *Ibidem*, p. 658.

antijuricidad del acto cometido; el otro es si el actor hubiera elegido cometer el delito si hubiera sabido lo que en realidad la competencia territorial.³¹³

Es claro que, la solución con la que acota los problemas este jurista se basa en el llamado principio *ex ante* que consiste en situarse en la posición que guardaba el sujeto antes de cometer el hecho materia de examen. Ello no sólo implica esa posición sino influirse con el contexto en que ocurren los hechos. Si bien se da paso a la especulación con la fórmula "hubiera", lo cierto es que bajo este principio se puede determinar la resolución del sujeto a la luz de la creencia con la que actúa. Fletcher continúa:

Podemos concluir, por tanto, diciendo, que la forma correcta para resolver este problema es determinar si la acción percibida por el actor es menos ilícita que la efectivamente realizada. Sólo cuando se da este caso es cuando el error puede tener alguna incidencia en la determinación de la responsabilidad criminal. Tomemos el ejemplo que nos ofrece el Código penal alemán sobre el hurto cometido entre parientes. Para perseguir en este caso dicho delito, el Código penal alemán prescribe, en efecto, que el hecho sea denunciado por la víctima del delito. Más de uno podría pensar que debería ser al contrario y que un hecho de esta naturaleza realizado entre personas ligadas por estrechos vínculos de parentesco es mucho más reprobable y debería ser perseguido directamente sin necesidades de previa denuncia³¹⁴; pero el punto de vista adoptado por el legislador alemán es que en estos casos el problema debe ser resuelto en el ámbito familiar, sin necesidad de recurrir a un proceso penal. Pues bien, en relación con nuestro tema, pensemos ahora que un sujeto de apodera de cosas que él cree pertenecen a su padre, pero que en realidad pertenecen a un extraño. ¿Afecta este error a la antijuricidad del hecho realizado? La respuesta

³¹³ Fletcher George P., *Op. cit.*, *Conceptos Básicos...*, p. 221.

³¹⁴ La legislación penal en lo concerniente conserva el mismo criterio que el Código Penal alemán, lo que desvincula al autor anglosajón de la corriente dominante sobre el tema. N. del A.

parece que debe ser obviamente negativa y que, por tanto, el error del sujeto debe considerarse irrelevante. [...]³¹⁵

El criterio anterior cobra mayor profundidad, cuando Fletcher recuerda el ejemplo en el que un sujeto dispara a otro, sin saber que le dispara a un agente federal, lo que en sí mismo agrava dicha conducta:

En la jurisprudencia de los Estados Unidos hay otros casos en los que la solución no está exenta de implicaciones políticas. Recordemos ahora la variante del caso que poníamos al principio en la que el sujeto creía que disparaba <<contra un guardia de seguridad privado, que en realidad era un agente federal>>. En Estados Unidos el que el sujeto pasivo de un atentado sea un agente federal no sólo constituye un delito más grave, sino un delito cuyo enjuiciamiento corresponde a la Justicia Federal. ¿Debe considerarse el error del sujeto sobre este punto como un error que incide en el problema puramente procesal de la Jurisdicción competente? El problema fue tratado por la Corte Suprema en el caso de *United States v. Feola*. Los acusados conspiraron para atracar a una persona que resultó ser un agente federal, cosa que ellos desconocían. La cuestión preliminar que se planteaba incluso antes de la cuestión de si hubo o no conspiración, era la de si el desconocimiento de la identidad del agente federal tenía alguna repercusión en la calificación del hecho. Para los jueces Stewart y Douglas no había ninguna duda de que la calificación correcta era la de atentado cualificado por razón del sujeto pasivo, pero creían que el error sobre la cualidad de éste debía ser relevante la determinación de la culpabilidad de los conspiradores. Sin embargo, la tesis que mayoritariamente prosperó en la decisión de la Corte Suprema, formulada por escrito por el Juez Blackmun, fue la de que el <<elemento federal>> era de carácter jurisdiccional, igual que el carácter de comercio interestatal de los bienes para determinar la competencia de la Justicia Federal en el delito de hurto de bienes para

³¹⁵ Fletcher, George P., *Op. cit.*, *Conceptos Básicos* ..., p. 222.

determinar la competencia de la Justicia Federal en el delito de hurto de bienes federales.

En principio, el Juez Blackmun parece conceder alguna relevancia en la antijuricidad del hecho al error sobre la identidad del sujeto pasivo, pero contradictoriamente concluye que dicho error es irrelevante. En esta decisión debe haber pesado la política seguida entonces por el Congreso de los Estados Unidos de reforzar la protección de los agentes federales, pues de dar relevancia al error sobre la identidad de estos agentes dicha política hubiera visto debilitada su eficacia. En el fondo del argumento del Juez Blackmun parece, pues, que pesó más este factor extrínseco a la culpabilidad. Ello demuestra hasta que punto muchas veces los Tribunales de Justicia se dejan llevar en sus decisiones por criterios o finalidades políticas ajenas a los fines puramente jurídicos. [...]

En el Derecho penal anglosajón se entiende por <<strict liability>> (responsabilidad objetiva) una práctica en la que el Tribunal no tiene en cuenta como causa de exclusión de la responsabilidad el error del acusado o que el daño se haya producido por mero accidente. En otras palabras, lo que en principio debía ser *relevante* se trata como *irrelevante*, y la responsabilidad se basa en datos puramente objetivos. [...] No se puede, en cambio, decir que la irrelevancia de los errores sobre la competencia territorial o la inmunidad diplomática tengan nada que ver con la responsabilidad objetiva a la que se acaba de aludir, porque, como ya hemos dicho, son razones de otro tipo las que determinan ya en un primer estadio su irrelevancia en la determinación de la responsabilidad.³¹⁶

Fletcher hace alusión a elementos puramente objetivos con lo que deja trunco su acercamiento a los problemas que afronta la dogmática alemana, pues como veremos líneas abajo, cuando se establecen elementos normativos en el tipo penal, su valoración jurídica tiende un puente hacia el error de prohibición sin tratarse de él puramente. Berchemann señala:

³¹⁶ *Ibidem*, p. 222 – 225.

Si para que exista el dolo es necesario del tipo penal de un delito. Con independencia de que conozca de su existencia en la ley. Se impone entonces la necesidad de diferenciar los efectos jurídicos que produce el error cuando: 1. Recae sobre un 'objeto' (error en el objeto) diferente al individualmente querido o aceptado, pero típicamente equivalentes. 2. Recae en objetos o resultados sustanciales diferentes (inequivalentes) a los queridos o aceptados. En el primer caso, el error es irrelevante para excluir al dolo. Porque permaneció inalterado el conocimiento y la voluntad del sujeto de incidir sobre una cosa o sujeto ('objeto') de igual manera naturaleza que el previsto en el tipo penal del delito. Es decir, la falsa apreciación no implicó que variara el objeto y resultado queridos con los previstos en el tipo; o bien no recayó sobre la identidad específica o particular de aquellos que tuviese relevancia en el plano típico. Así, en vez de matar a Pedro se mata a Juan por confusión.³¹⁷ En cuyo caso subsiste la coincidencia entre la voluntad de privar de la vida a otra persona ('objeto' y 'resultado' previstos en el tipo penal de homicidio); con el 'objeto' sobre el que objetivamente incidió la conducta ('persona') y con el 'resultado' objetivamente producido ('muerte' de la persona). O el sujeto cree apoderarse de dólares cuando en realidad se apodera de pesos. En cuyo caso subsiste la coincidencia entre la voluntad de apoderarse de cosa ajena mueble (objeto previsto en el tipo penal de robo) con el objeto realmente apoderado. En el segundo caso. Es decir, cuando el error versa sobre un objeto o resultado sustancialmente diferente —inequivalente— al contemplado en el tipo penal de que se trate, el error sí excluye al dolo de esa figura típica: En vez de lesionar a Pedro se da muerte a un animal. En este caso, la voluntad de lesionar a otra persona (objeto y resultado previstos en el tipo penal de lesiones) es sustancialmente discrepante con el objeto en el que incidió la acción y con el resultado que produjo. Pues en vez de recaer sobre una persona, incidió sobre un animal, y en vez de inferir lesiones se produjo la muerte.³¹⁸

³¹⁷ Con ello nos remitimos al ejemplo dado en el primer capítulo respecto de los homicidios acaecidos en el aeropuerto de Guadalajara el 24 de mayo de 1993, en el que se confundió al Cardenal Posadas Ocasio con un narcotraficante, privándole de la vida. N. del A.

³¹⁸ Berclhelmann Arízpe, Antonio, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano...*, p. 657.

Estos últimos aspectos nos llevan a la discusión si al caso se pudiera tratar de meras tentativas, sin embargo, debemos rescatar la primera enumeración realizada para distinguir la naturaleza del error y si con la misma cabe la exclusión o no del dolo:

1. Si Recae sobre un 'objeto' diferente al individualmente querido o aceptado, pero típicamente equivalentes.
2. Si Recae en objetos o resultados sustanciales diferentes a los queridos o aceptados.

Con dicha formulación podemos distinguir hasta donde incide el error en el dolo³¹⁹ y el consiguiente resultado.

El estudio que verse sobre el dolo tendrá que arribar en su momento al examen sobre la desviación del error sobre el curso causal en el que, bajo una percepción errónea se comete un delito distinto al querido o aceptado. Stratenwerth establece: "A lo dicho se vincula la cuestión de si toda diferencia entre el riesgo creado conscientemente por el autor y aquel del que deriva el resultado efectivamente debe conducir a que ya no le sea imputable ese resultado al autor, que él responda, por tanto, sólo por tentativa. La cuestión es explicada tradicionalmente bajo la expresión error sobre el curso causal. Pero la doctrina más reciente está de acuerdo en que la problemática se presente hoy, al menos en parte, como una propia ya de la imputación objetiva (y no recién como de

³¹⁹ Bercheimann señala: Para que el error sobre el objeto o el resultado tengan trascendencia para excluir al dolo, aquél debe versar sobre el carácter esencial del objeto material o el resultado, referidos expresa o implícitamente en el tipo penal. En caso contrario, el error es intrascendente para excluir al dolo, porque la voluntad y decisión del sujeto permanece sin tocar respecto a la calidad o naturaleza del objeto previsto en el tipo penal delictivo. En otras palabras, será necesario que falte equivalencia entre el solo y algún elemento esencial del tipo. Lo que no sucede cuando se mata a Juan al confundirlo con Pedro. Así, es preciso que se yerre la naturaleza o calidad del objeto o resultado previstos en el tipo penal, en tanto que tal divergencia sí tendrá relevancia para excluir al dolo. Porque en este supuesto al sujeto activo confunde al objeto material o el resultado descrito en el tipo, con otro <esencialmente> diferente. En tales casos, existe inequivalencia de objetos o resultados. Por ejemplo, como errores sobre el objeto que son trascendentes para excluir al dolo: El sujeto creyó que disparaba a un animal ajeno, cuando en realidad lo hacía respecto de una persona, causándole la muerte. (Homicidio.) O el sujeto se apodera de cosa 'ajena' confundiéndola con la propia. (Robo.) O una persona yace con otra que es casada en la casa de ésta, creyendo que es soltera. (Adulterio.) Bercheimann Arizpe, Antonio, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano...*, p. 660.

la imputación subjetiva).³²⁰ Cerezo Mir lo define bajo estos aspectos: "Un caso particular de desviación del curso causal es aquel que se produce cuando una persona cree haber dado muerte ya a otra y realiza una segunda acción tendente a ocultar el delito y resulta que la víctima muere como consecuencia de esta segunda acción."³²¹

¿Cómo se resuelve una cuestión de tal magnitud? El mismo Cerezo Mir señala:

La Audiencia de Teruel tuvo ocasión de enjuiciar un supuesto de este tipo. En la noche del 2 de septiembre de 1962, en la localidad de Orihuela de Tremedal, y hallándose ausente su marido, Alicia G. se entrevistó con su amante Román S., en el domicilio del matrimonio. Inesperadamente se presentó su esposo Julio M., que sorprendió a Román escondido en la casa. Se produjo una reyerta durante la cual Román dio varios puñetazos a Julio, incluso cuando se hallaba éste caído en el suelo y trataba de incorporarse. Román le causó a Julio varias lesiones, siendo la más grave de ellas una fractura en forma de Y en el frontal izquierdo que se irradiaba hasta la base del cráneo interesando la zona óptica izquierda; no siendo, sin embargo, ninguna de estas lesiones causantes de la muerte de Julio, que se produjo más tarde. Al oír el ruido de la pelea, acudió Alicia, que tapó la boca de su marido, que se encontraba debajo de Román, para que no continuara gritando en demanda de auxilio. A petición de Román, Alicia trae una cuerda, que utilizaba como tendedero, la coloca debajo del cuello de su marido y da un tirón, produciéndole en el cuello un surco superficial. En este momento Julio quedó inconsciente y, aunque siguió respirando con estertores cada vez más espaciados y sus músculos estaban en total laxitud, ambos procesados convencidos de que estaba muerto, decidieron simular el suicidio de Julio. Para ello trasladó Román el cuerpo de Julio hasta el centro del portal, debajo de una viga donde había una argolla, hizo un nudo corredizo en la cuerda, pasando un extremo de ella por la argolla y el lazo del otro extremo fue pasado por el cuello

³²⁰ Strateawerth, *Op. cit.*, *Derecho Penal...*, p.156.

³²¹ Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tomo II, *Teoría jurídica del delito*, Técno, España, 2001, p.134.

de su marido por Alicia, izando el cuerpo entre los dos, produciéndose entonces la muerte de Julio a consecuencia de asfixia por suspensión.

Para resolver estos casos se invoca a veces la vieja teoría del *dolus generalis*, según la cual la segunda ocasión estaría comprendida aún por un dolo genérico de matar. La tendencia más moderna es la de considerar que se trata de un supuesto más de desviación del curso causal, que en este caso sería inesencial. No es posible admitir, sin embargo, que el resultado de muerte, aunque fuera objetivamente previsible; aparezca en este caso como realización de la acción prohibida por la norma. En el homicidio doloso la norma prohíbe llevar a cabo acciones peligrosas dirigidas por la voluntad a privar de la vida a otro ser humano. El dolo ha de ser, sin embargo, simultáneo a la realización de la acción típica. Carece de relevancia tanto un dolo antecedente como un dolo subsiguiente (*dolus subsequens*).³²² Es cierto, como señala Roxin, que la imputación del resultado no exige que el dolo perdure hasta el momento de su producción, pero, en los supuestos que comentamos, el resultado de muerte se deriva de una segunda acción que no está ya animada por el dolo de homicidio. La solución correcta consiste, por consiguiente, en apreciar la tentativa de homicidio, en posible concurso con un homicidio por imprudencia.^{323_324}

³²² Véanse los distintos tipos de dolo en el capítulo anterior. N. del A.

³²³ Cerezo Mir, José, *Op. cit., Curso de Derecho Penal Español...*, Tomo II, p.139.

³²⁴ Stratenwerth señala sobre un caso similar: Se puede ilustrar este interrogante con uno de los ejemplos usuales, en que el autor que quería matar a otro en ese mismo lugar, pero al principio sólo lo lesiona, alcanza finalmente su meta de otro modo: porque la lesión es tan grave que la víctima fallece a causa de ella después de cierto tiempo; porque se infecta la herida (de tétanos); porque, al aplicarse el tratamiento médico se incurre en *mala praxis* (confusión de conservas de sangre); o porque la ambulancia que trasladada al herido queda envuelta en un grave accidente de tránsito, hasta hoy, la doctrina preponderante se ha basado a este respecto en que el número de factores causales es muy numeroso como para que los sucesos futuros se pudieran computar anticipadamente de modo fiable en todas sus particularidades; por ello, la desviación inesencial del curso causal real respecto del representado, que no traspase el marco de la experiencia general de la vida, no sería relevante; ciertamente, en parte, sólo con la vaga reserva de que ella no pueda justificar 'una valoración distinta del hecho'. Según este parámetro, que en lo esencial se corresponde con la teoría de la adecuación, no puede ser dudoso cómo habría que resolver tres de las cuatro variantes mencionadas como ejemplos: que la producción de la muerte se retrase no puede modificar en nada su previsibilidad, como tampoco se modifica en caso de un 'desvío' por una infección condicionada por la lesión; por tanto, en estos casos el autor tendría que responder por homicidio consumado. En cambio, el accidente de tránsito no se le podría achacar a él, por lo imprevisible. Probablemente debería regir lo mismo en nuestro ámbito cultural, aun cuando sea menos indudable, para el caso de la confusión del suministro de conservas de sangre: en esa medida, por eso, sólo tentativa.

El error incide sobre un acontecimiento del que, en algún tiempo se trató como preterintención y que hoy día se contemplaría a título de culpa, sin embargo, bajo el error en el que se encuentra el sujeto activo, dando por hecho lo que no ha pasado, termina haciéndolo realidad, aun cuando su voluntad no está encaminada a ello.³²⁵⁻³²⁶

La debilidad de este parámetro tradicional no reside en que sus consecuencias sean en general inadmisibles. También el encuadramiento sistemático del problema podría parecer en sí mismo secundario. Pero podría tener una importancia más que meramente teórica el hecho de que la pregunta de si alguien debe ser responsable por la creación de tales y cuales riesgos es discutida actualmente de manera esencialmente diferente, desde el punto de vista de la imputación objetiva. A este respecto, no sólo interesa la adecuación del curso del acontecer, sino, como ya se mostró, también determinados criterios *normativos*. Recuérdese tan sólo las expresiones-clave de la delimitación entre riesgos no permitidos y riesgos generales de la vida o bien del fin de protección de la norma. De este modo se suprimen algunas inseguridades que resultan de la falta de límites claros del parámetro de la previsibilidad, así como también del requisito, carente de contenido, de la equivalencia 'jurídico-ética' del curso real respecto del representado. *Op. cit., Derecho Penal...*, pp. 156 - 157.

³²⁵ Luzón Peña escribe: Aquí el sujeto se equivoca sobre el curso que realmente sigue el acontecer típico, aunque, a diferencia de la *aberratio ictus*, no sobre el objeto que se ve afectado por la acción, que es el mismo que se ha representado. Generalmente se parte de la base de que, pese a la desviación del curso causal, sigue habiendo relación causal y se sostiene que el error sobre una desviación inesencial del curso causal es irrelevante y no excluye el dolo, ya que éste no tiene que abarcar en sus detalles toda la relación causal, lo que normalmente sólo es asequible a expertos. Sin embargo, otro sector distingue según la previsibilidad objetiva o no de la desviación; sosteniendo que si la desviación del curso causal es previsible, el error es inesencial y no excluye el dolo, y que sólo será un error esencial y excluyente del dolo si por las circunstancias concretas la desviación del curso causal resultara objetivamente imprevisible. Todavía hay una variante más, que añade un requisito adicional al criterio de la previsibilidad de la desviación; según esta posición también se excluirá el dolo en los casos de error sobre el curso causal si, aunque el curso causal (y su desviación) sea objetivamente previsible, el hecho pese a todo <suerece una distinta valoración jurídica>.

Esta última fórmula es totalmente rechazable por indeterminada y carente de contenido. En cuanto al criterio de la previsibilidad objetiva del curso causal y su desviación, es inadmisible para decidir si hay o no dolo, que depende del conocimiento y previsión efectivos, no meramente posibles [...] a no ser que, como sostenía la primera variante, se defienda que el conocimiento en detalles del curso causal es innecesario para el dolo y se piense que se trata de una simple desviación de detalle del curso causal previsto.

Lo que ocurre es que de todas maneras haya dolo inicial, en todos los casos de desviaciones del curso causal hay que examinar si la desviación es tal que excluye o no la imputación objetiva. Si el resultado no es objetivamente imputable a la acción por ser objetivamente imprevisible o no encajar en el fin de protección de la norma por no suponer la realización del peligro inherente a la acción o por otra razón (p.ej. A quiere matar a B de un disparo o una cuchillada, pero B queda gravemente lesionado, muriendo al cabo de varios años como consecuencia de la enfermedad), no se responde por delito consumado, pero, al ser la acción dolosa, si por tentativa en sentido amplio (frustración, o tentativa imposible si el procedimiento era de estrada inidónea). Solamente en algún caso excepcional el resultado no será objetivamente imputable a la acción dolosa, pero sí a la misma acción considerada como imprudente, p.ej. si A quiere matar a B de una puñalada, que no le acierta en una zona vital, y sin embargo muere porque el cuchillo estaba impregnado de una sustancia venenosa, cosa que A desconocía pero que era previsible por estar el arma en un almacén de productos tóxicos; en tal caso la muerte no es imputable como realización del riesgo de la acción dolosa, pero sí en su aspecto de acción imprudente de herir con un objeto que podía estar envenenado, por lo que habrá concurso ideal entre homicidio doloso frustrado y homicidio imprudente consumado. En cambio, si el resultado es objetivamente imputable pese a la desviación (p.ej. A tira a B desde un puente en un río turbulento para que muera ahogado, pero B se mata al golpearse la cabeza con un pilar del puente, ya que tal posibilidad es previsible y supone uno de los riesgos -patentes, conocidos por todos- de la acción de empujar desde lo alto de un puente), habrá un delito doloso consumado. Sólo excepcionalmente será relevante el error en este caso de resultado

Pese a ello conocemos en el foro casos en los que se ha determinado de manera errónea homicidio doloso³²⁷. El jurista alemán Günter Stratenwerth establece, sobre el curso causal el siguiente apunte:

imputable si la desviación del curso causal supone un cambio del modo de ejecución del hecho que da lugar a cambio de tipo, y ello no era abarcado por el dolo. *Op. cit., Derecho Penal...*, pp. 453 - 454.

³²⁶ Mir Puig escribe: error sobre el proceso causal: se quería causar el resultado pero *por otro conducto*. Pueden suceder dos cosas:

a') Que la desviación del proceso excluya la posibilidad de imputación objetiva del resultado por ruptura de la necesaria relación de riesgo del mismo con la conducta: Ejemplo: Se quería matar, pero sólo se hiere, y el herido muere por un accidente que sufre la ambulancia. Puesto que faltará la propia posibilidad de imputación objetiva del resultado a la conducta inicial [...] no concurrirá el tipo *objetivo* del delito consumado (aunque subsistirá tentativa), sia que se plantee ya la cuestión del error en el tipo *subjetivo*.¹⁹¹

b') Que la desviación no excluya la imputación objetiva del resultado causado. El error será *irrelevante* si el riesgo concretamente realizado no constituye una *clase de riesgo* distinta a la abarcada con dolo directo eventual (ejemplo: es irrelevante que el disparo dirigido al corazón dé en otra parte vital, porque ambos riesgos son especies de la misma clase: matar de un disparo) y el modo de comisión equivocadamente empleado no determina un cambio de delito ni de circunstancias que afecten a la gravedad del hecho típico. Por el contrario, será *relevante* el error cuando el modo de ejecución influya en la calificación del hecho o en sus circunstancias relevantes en orden a la responsabilidad penal, o cuando el riesgo realizado sea de otra clase que el abarcado por el dolo. Aquí cabe incluir los casos en que el resultado se produce por una acción anterior o posterior a la dolosa. Ejemplo: el autor cree haber matado a su víctima a consecuencia de estrangulamiento voluntario, cuando en realidad sólo le ha privado de sentido, y para ocultar lo que cree un cadáver, arroja al mar el cuerpo aún con vida. La autopsia pone de manifiesto que había aire en los pulmones y que, por tanto, la muerte se produjo en el agua. (*Derecho Penal, Parte General*. 7ª ed., B de F, Argentina, 2004, pp. 277 - 278.)

³²⁷ Stratenwerth señala: "En relación con el error sobre el curso causal son tratados tradicionalmente algunos otros casos, cuya existencia particular se funda, en parte, sólo en razones histórico-dogmáticas, y cuya ubicación en este lugar, en parte, no es posible justificar materialmente.

1) Primeramente se trata del caso en que el autor yerra acerca de cuál de varios actos de un contexto de acción producirá el resultado perseguido. En correspondencia con una de las propuestas de solución más antiguas, la cuestión es explicada bajo la denominación de *delus generalis*.

Ya desde los años 1795 y 1819 se conocen dos casos en los cuales los autores, que actuaron con el correspondiente dolo, creyeron el uno haber matado a golpes a su víctima y el otro haberla asfixiado oprimiéndole el cuello, mas luego intentaron simular su suicidio, para lo cual la colgaron, siendo que la muerte se produjo en cada caso recién como consecuencia del estrangulamiento posterior. En el caso que se registra en la colección RG, la víctima fue arrojada al agua presuntamente ya sin vida, para ocultar el hecho, y resultó ahogada. Otro ejemplo se halla en BGHSt.; en este caso, la autora actuando con dolo eventual de homicidio, había tapado la boca de otra mujer con dos puñados de arena, para impedir que gritara, tras lo cual tuvo por muerta a la víctima que yacía inmóvil y al arrojó entosces a un colector de estiércol líquido, para hacerla desaparecer.

La acción regida por el dolo del hecho no produce aún, en estos casos, el resultado (directamente), en tanto que la acción que produce el resultado ya no está regida por el dolo del hecho. Por ello, una parte considerable de la doctrina sólo reconoce como existente una tentativa, a lo sumo en concurso con la comisión imprudente del hecho, mientras que la doctrina preponderante, bajo presupuestos diferentes en cada caso particular, se pronuncia a favor de admitir un delito consumado. Si se parte de que el dolo cubre todos los riesgos creados con la acción del hecho que le son objetivamente imputables al autor, entonces, lo que tiene que importar es si la posterior producción del resultado puede ser atribuida a uno de estos riesgos. Forma parte de estos riesgos, empero, no sólo un peligro para la vida que resulta según leyes naturales de la lesión irrogada, sino también el peligro de que la acción regida por el dolo del hecho pueda originar el acto subsiguiente de ocultar el hecho, etc. Existe un peligro de esa índole, especialmente, cuando el segundo acto estaba planeado de antemano, siendo totalmente indiferente que lo haya ejecutado el autor mismo o un tercero. En este caso, por ende, el hecho debería ser considerado como consumado. En cambio, si el segundo acto no había sido planeado de antemano, entonces, probablemente sólo se podrá reconocer *ex ante* el peligro de que la víctima pudiera perder la vida al ser ejecutada la acción de homicidio, cuando el autor tuviese que

A lo dicho se vincula la cuestión de si toda diferencia entre el riesgo creado conscientemente por el autor y aquel del que deriva el resultado efectivamente debe conducir a que ya no le sea imputable ese resultado al autor, que él responda, por tanto, sólo por tentativa. La cuestión es explicada tradicionalmente bajo la expresión error sobre el curso causal. Pero la doctrina más reciente está de acuerdo en que la problemática se presente hoy, al menos en parte, como una propia ya de la imputación objetiva (y no recién como de la imputación subjetiva).

estar interesado, según el orden de las cosas, en el ocultamiento del hecho. Si no, sólo entraría en consideración una tentativa y, eventualmente, una causación imprudente del resultado.

En el caso inverso de la secuencia temporal —es decir, cuando, p. ej., golpes con una llave inglesa que por el momento sólo debían aturdir a la víctima, ya le causan la muerte — se trata de una desviación irrelevante del curso del acontecer, al menos si el autor ha llevado a cabo el acto posterior, realmente destinado a producir el resultado. Si esto no ha sucedido, hay que distinguir: si, según el plan del autor, el hecho se hallaba aún en el estado de preparación al producirse el resultado, falta aún toda voluntad de realización. Por ejemplo, si la mujer vierte veneno en la bebida que se propone ofrecerle más tarde a su marido, pero ocurre que el marido independientemente toma de la bebida ya con antelación, la mujer responde sólo por homicidio o por lesión corporal imprudentes. Si, en cambio, los actos parciales ejecutados constituyen ya al menos una tentativa (inacabada), la decisión es difícil. *En favor* de admitir un delito consumado habla el hecho de que, con el comienzo de la ejecución, ya se manifiesta inequívocamente la decisión de actuar contra la norma jurídica de conducta; si no, no habría tentativa. *En contra* de admitir esto hablaría el hecho de que la autora, con el primer acto parcial, no ha querido aún perder el control sobre el hecho; a ese acto 'no le atribuye en absoluto el riesgo de causar la muerte'. Sin embargo: distinguir según cuáles sean las representaciones que se haya hecho el autor, en cada estadio de la ejecución, sobre el grado de riesgo que respectivamente haya alcanzado para la víctima, es demasiado sutil. Sólo aparece como practicable una solución en el sentido de la opinión dominante, que considera el delito como consumado.

2) En realidad, no pertenece al contexto de la previsión del curso del acontecer, lo que a veces se desconoce, el caso de la llamada *aberratio ictus vel impetus*. Ésta se caracteriza por el hecho de que el autor no acierta en el objeto al que dirigió su ataque, sino en otro, p. ej., si, en un intercambio de disparos entre gángsters rivales, una bala desviada mata a un transeúnte ajeno al hecho. En este caso —a diferencia de lo que ocurre en la mera desviación del curso del acontecer— no se produce el resultado al que se refería la voluntad de realización del autor, sino otro, causalmente de la misma clase. La agresión del autor yerra, por tanto, su meta, y, por ello, tiene la estructura de la tentativa. La producción del otro resultado, que bien habría podido no producirse o ser de entidad distinta a la del ocurrido, sólo puede configurar un delito imprudente, y esto, incluso, sólo si están dados los presupuestos de la imprudencia (salvo, naturalmente, que el autor hubiera previsto como posible aquel resultado y lo hubiese asumido).

En divergencia con esta doctrina hoy dominante, en parte se admite, en caso de equivalencia típica entre el resultado perseguido y el producido, que hay un delito consumado al menos cuando la desviación se mantiene en el marco de lo adecuado. Pero la prohibición de atacar un interés jurídicamente protegido no tiene el sentido de impedir que con ello no se llegue a dañar otro interés. En el último tiempo, sin embargo, ha originado considerables discusiones la cuestión de qué es lo que decide acerca de la identidad de la víctima agredida. Seguramente, es determinante este todo la percepción sensorial del propio autor, cuando no se da ésta, porque, p. ej., el autor le envía a la víctima una bomba por encomienda o le tiende una trampa, lo que interesa es sólo quién debe cumplir las condiciones de las que el autor hace depender la agresión, y, en el caso del ejemplo, es aquella persona que abre la encomienda o acciona la trampa. En esa medida, consecuentemente, no se trata de una *aberratio ictus*, sino de un mero error sobre el objeto, cuya entidad se habrá de explicar enseguida con más detalle. Sin embargo, ya el bien jurídico afectado puede ser, según su naturaleza, uno apenas individualizable o no individualizable. Si bien eso no rige ya por el hecho de que él sea de naturaleza material, como es la propiedad —pues entonces también vale la protección básica de la persona—, si podría no interesar en general la identidad del objeto del hecho o de la persona afectada, especialmente en delitos contra intereses comunes, p. ej., contra la administración de justicia." *Op. cit.*, *Derecho Penal...*, pp. 158 — 159.

Desde el punto de vista puramente teórico, para el dolo subsisten, como errores sobre el 'curso causal', sólo aquellos casos en los cuales, en el resultado, se ha realizado, de varios riesgos objetivamente imputables del autor, otro riesgo que el previsto por él: como, según un conocido ejemplo académico, cuando la víctima arrojada al agua desde un puente, que ha de morir ahogada según la voluntad del autor, es un experto nadador, pero muere al chocar contra un pilar del puente. En tal hipótesis se pregunta si el dolo debe ser restringido al riesgo explícitamente pensado por el autor o extendido a todos los riesgos a él imputables que pudieran producir el resultado deseado. En el primer caso, él tendría que responder sólo por tentativa; en el segundo, por homicidio consumado. A favor de esta segunda solución, defendida por la opinión dominante, habla ya la sola reflexión de que la responsabilidad por riesgos cuya producción tiene que serle indiferente al autor, o incluso deseable en vista del resultado perseguido, no puede depender de que él los haya previsto conscientemente.³²⁸

Desde el primer Capítulo explicamos (*supra* 1.3.) la clasificación de determinados tipos de error, cuya naturaleza no permiten excluir al dolo (*aberratio vel in personam, aberratio ictus*³²⁹, *aberratio delicti*) y que explica el jurista español Diego Luzón Peña al referirse al error sobre el objeto o la persona:

³²⁸ Stratenwerth, *Op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 157.

³²⁹ Santiago Mir escribe: Se diferencia del error *in objeto* en que no supone la confusión del objeto por otro, sino sólo que se erra la dirección del ataque. Ejemplo: el autor sabía que aquél a quien apuntaba con el arma era Pedro, pero no dio en el blanco y la bala alcanzó a otra persona. Respecto del error en el proceso causal, la diferencia es que en la *arreatio ictus* el objeto lesionado es distinto al que se quería lesionar.

a) ¿Qué consideración merece la *arreatio ictus* cuando el resultado causado y el buscado poseen la misma significación jurídico-penal? Ejemplo: se apuntaba a Pedro y se mata a Juan. La doctrina alemana dominante cree necesario, pese a la igualdad de bienes jurídicos, considerar relevante el error y apreciar un concurso de *tentativa* de homicidio —o asesinato— (de Pedro en el ejemplo) y homicidio *imprudente*, en su caso (en el ejemplo, si era previsible la muerte de Juan). A esta solución se contrapone por otro sector doctrinal la de considerar irrelevante el error y, como en el error *in objeto*, estimar concurrente un delito *doloso consumado*.

La solución depende del concepto de bien jurídico que se maneje. Si por bien jurídico se entiende un valor abstracto (así, «la» vida, «la» salud, etc. Como valores abstractos), será coherente la solución de estimar irrelevante el error y admitir un delito doloso consumado: porque se quería lesionar ese valor y se ha conseguido, aunque sobre un objeto material distinto. Pero si, como parece más correcto, se entiende por bien jurídico un objeto empírico dotado de ciertas características típicas que lo hacen valioso, no será relevante el error sobre características no típicas como la identidad de la víctima a la que se dirige el ataque, a sabiendas de que la misma reúne las condiciones

Se trata de un error acerca de la identidad del objeto sobre el que recae la acción típica (*error in obiecto*), que en ocasiones puede consistir precisamente en una persona, equivocándose el autor sobre su identidad (*error in persona*), que por tanto no es sino un caso particular del *error in obiecto*. Deben distinguirse dos hipótesis:

1) *Cambio de identidad que no provoca un cambio de calificación típica*. Si el objeto o persona cuya identidad o circunstancias se confunden tiene la misma protección penal que con la identidad o circunstancias representadas, es decir que el tipo aplicable es el mismo, según doctrina casi unánime tal error es absolutamente irrelevante y no excluye la responsabilidad por un delito doloso consumado, ya que se ha afectado al mismo y concreto bien jurídico representado o perseguido por el autor. Así, si una persona sustrae temporalmente un coche que cree que pertenece a X y realmente pertenece a Y, comete un delito doloso de utilización ilegítima del art. 516 bis CP 44 o 244 CP 95; o si un ladrón cree que el paquete que sustrae contiene 200.000 ptas. y realmente contiene 300.000, como el cambio de valor del botín no es relevante para cambiar la calificación por el tipo básico de hurto o robo, comete dolosamente dicho tipo básico; o si el autor mata queriendo a una persona creyendo que es A y realmente se trata de B, hay un homicidio doloso consumado.

2) *Cambio de identidad que provoca un cambio de calificación típica*. En este caso la situación es distinta:

2 a') *Error directo (desconocimiento de los elementos del tipo más grave)*. Si el sujeto desconoce una cualidad del objeto o de la persona sobre la que recae la acción en virtud de la cual el bien jurídico tiene una protección penal especial,

típicas – así la confusión de Juan con Pedro es el *error in persona* irrelevante-, pero sí el error sobre la dirección del ataque al objeto empírico: será relevante que no se alcance el objeto empírico atacado (así la persona a la que se apuntó), sino a otro cercano equivalente (así, otra persona), porque en tal caso *la agresión dolosa no se habrá dirigido a este bien jurídico*. Desde esta concepción del bien jurídico lo cobereante es, pues, la solución de apreciar tentativa respecto del ataque al objeto no alcanzado en eventual concurso con delito, imprudente –si concurre imprudencia y ésta es penable- respecto al objeto lesionado Mir Puig, Santiago, *Op. cit., Derecho Penal...*, p. 278 - 279.

más intensa, o incluso se ve afectado otro bien jurídico, el dolo ya no abarca ese nuevo tipo o, en su caso, el subtipo cualificado; consiguientemente, si se trata de un nuevo tipo autónomo, podrá haber imprudencia respecto del mismo si el error es vencible –con responsabilidad penal por ello si el tipo admite la comisión imprudente–, o caso fortuito si el error es objetivamente invencible; pero si se trata de desconocimiento de elementos (accidentales) de un mero subtipo agravado, como hemos visto, el error, aunque sea vencible, excluirá toda responsabilidad penal por dicha cualificación. Ahora bien, junto a ello, el sujeto actuaba con dolo de lesionar el objeto (la persona en su caso) no especialmente protegido, y normalmente también habrá producido la lesión del bien jurídico genérico, pues generalmente quien hace lo más también hace lo menos; por ello, este delito –básico– doloso consumado podrá estar, en su caso, en concurso ideal con la comisión imprudente del delito más grave, por lo que según el art. 71 CP 44 o 77 CP 95 se impondrá en el grado máximo o, respectivamente, en su mitad superior la pena del delito más grave, generalmente el delito doloso consumado, al poderse imputar por imprudencia un desvalor del resultado adicional al del delito pretendido por el sujeto. [...]

2 b') *Error inverso*. En los supuestos de error inverso o al revés, es decir, en que el sujeto cree erróneamente concurrente la cualidad en el objeto o la persona afectados por la conducta que daría lugar al tipo más grave, hay una tentativa imposible o inidónea (en el CP 95 subsumible dentro de la tentativa) de ese tipo más grave en concurso ideal con la realización también dolosa y generalmente consumada del tipo menos grave, pues normalmente quien pretende hacer lo más también hace y quiere lo menos.³³⁰

³³⁰ Luzón Peña, *Op. cit.*, *Curso de Derecho Penal...*, pp. 455 – 457.

Este mismo autor ejemplifica:

Ejemplos de error in obiecto relevante: Una persona allana un domicilio ajeno creyendo que su titular es un particular e ignorando que se trata de la residencia de un Embajador o diplomático, que goza de especial protección según el art. 136,3.º CP 44 o 605,3 CP 95; habrá allanamiento de morada doloso del art. 490 CP 44 o 202 CP 95, y en el CP 44 en concurso ideal, si el error es vencible, con la comisión imprudente del 136,3.º (debiendo procurarse penar separadamente ambos hechos conforme al art. 71,2.º y 3.º para imponer una pena inferior a la del grado máximo que prevé el 136,3.º para la comisión dolosa); mientras que en el art. 605 CP 95 no se castiga la comisión imprudente. Un sujeto cree que el valor de la cosa hurtada no es demasiado grande –tipo básico del hurto del 515,1 CP 44 o 234 CP 95– cuando realmente su valor es de muchos millones –subtipo cualificado del 516,3.º CP 44 o 235,3

Por cuanto hace a la figura denominada *aberratio ictus*, Berchemann prevé diversas hipótesis, sin embargo, de acuerdo con las reglas sobre relevancia e irrelevancia a que hacía referencia Fletcher deberíamos preguntarnos si se trata de errores con distintos efectos jurídicos o solamente se trata de variaciones de la misma especie. Así, tenemos que Berchemann hace referencia a:

CP 95-: en este caso, al recaer el error sobre un mero subtipo agravado, aunque sea vencible no responde de éste (ello aparte de que en el hurto no se admite la comisión imprudente), sino sólo de la comisión dolosa del tipo básico del hurto.

Ejemplos de *error in persona* relevante: Bajo la vigencia del CP 1944, A mata a B queriendo, pero ignorando que B era su hijo, es decir, que creía realizar un homicidio (art. 407) y realiza el tipo objetivo del parricidio del art. 405. Si el error sobre la identidad de la persona era objetivamente vencible, p.ej. A, furioso porque lo despierta un grupo de jóvenes, que estaban alborotando de noche ante su casa, se enfrenta a veces con los mismos y, al responderle de mala manera, se lanza contra uno y lo acuchilla sin darse cuenta en la oscuridad de que era su propio hijo, hay parricidio imprudente en concurso ideal con homicidio doloso, consumado, pues quería matar a <otro> y en efecto ha matado a otro, al margen de que sea su hijo. Si dicho error sobre el tipo de parricidio fuera objetivamente invencible, p. ej. si una persona mata en una pelea a un desconocido sin poder sospechar en absoluto que era hijo suyo y de una mujer con quien hace muchos años y en otra ciudad tuvo relaciones y sin que ésta le hubiera dicho nunca que había quedado embarazada de él, no se responde por parricidio (no es doloso ni imprudente), sino sólo por homicidio. En el CP 1995, donde no existe el delito de parricidio, el ejemplo se puede cambiar por el de quien mata queriendo a otro, pero sin reconocer que es el Rey o alguno de sus ascendientes o descendientes. Etc. (art. 485.1). Aquí responderá de homicidio doloso del art. 138, pero no hay dolo respecto del art. 485, con la peculiaridad de que este precepto no castiga la comisión imprudente, por lo que será irrelevante que el error sea vencible; a no ser que se entienda -en una interpretación muy discutible- que la imprudencia respecto de la muerte del Rey cabe considerarla como homicidio imprudente (del art. 142 o 621.2 según el grado de imprudencia), que estaría en concurso ideal con el genérico homicidio doloso e impondría la pena de éste en su mitad superior (pero en cualquier caso menor que la del delito doloso del art. 85.1).

La situación es excepcionalmente algo diferente en los supuestos en que, al realizarse un tipo objetivo más grave por una distinta cualidad del objeto o la persona no conocida por el agente, sin embargo no se realiza también el tipo menos grave que se ha representado el autor.

Asimismo Luzón Peña ejemplifica el error inverso: Así, si A mata a B creyendo erróneamente que es un embajador o diplomático (*error in persona* relevante inverso), realiza una tentativa imposible de homicidio de persona internacionalmente protegida -desvalor adicional de la acción- en concurso ideal con un homicidio doloso consumado, pues A también quería matar a <otro> y lo ha hecho, por lo que según el art. 71 CP 44 o 77 CP 95 responderá con el grado máximo o, respectivamente, la mitad superior de la pena del delito más grave (en el CP 1944 el homicidio del art. 407 -Rm- sería más grave que la tentativa imposible de homicidio de diplomático, penada según los arts. 3, 52 y 136.1.º con Rm o PM, mientras que en el CP 1995 la tentativa imposible de homicidio de diplomático, penada según los arts. 16, 62 y 605.1 con prisión de 10 a 20 años o de 5 a 10 años, puede considerarse en su primera alternativa más grave que el homicidio, penado en el art. 138 con prisión de 10 a 15 años); con lo que resulta una pena superior a la del homicidio pero inferior a la del homicidio consumado de persona internacionalmente protegida. O si se hurta un objeto v.gr. una joya creyendo erróneamente que es auténtica y de bastante valor, cuando tiene un valor inferior a 30.000 ptas. Por ser una imitación (*error in obiecto*, relevante inverso), habrá concurso ideal entre la tentativa imposible de delito de hurto del art. 515.1 CP 44 o 234 CP 95 (en su caso cualificado por el 516.3.º CP 44 o el 235.3 CP95) con una falta consumada de hurto inferior a 30.000 ptas. del art. 623.1 CP 1995).

En aquellos preceptos en que el intento de cometer el tipo más grave excepcionalmente no supone la real comisión del tipo menos grave, en el error inverso las consecuencias penológicas pueden no ser insatisfactorias, a diferencia de lo que hemos visto en el error directo. *Op. cit., Curso de Derecho Penal...*, pp. 457.

a) El error en el golpe con resultado equivalente. En el error en el golpe con resultado equivalente, el resultado querido se produce en un objeto de igual especie del aquél al que se dirige la acción, más debido al *descarrío* de la acción ese resultado no se da en el objeto que realmente se quería y sin que éste se haya confundido por el autor.[...]

b) El error en el golpe con resultado inequivalente esencial para excluir el dolo. La segunda situación: en la que el resultado querido aceptado no se da y el que se da resulta ser sustancialmente inequivalente –sin que se quisiera ni se aceptara según se desprenda en sana crítica-. Por ejemplo, el sujeto dispara en contra de Juan, pero da muerte al perro de Juan, que en ese momento se interpone entre ellos. En ese escenario el resultado típico producido –la muerte del perro ajeno- se podrá atribuir culposamente al sujeto activo si el error era ‘vencible’ y, asimismo, habrá homicidio en grado de tentativa en relación con el dueño del can. En esta situación, además del delito culposamente de daño en propiedad ajena que incide en el tuso se puede configurar la tentativa punible respecto al resultado querido y no producido (homicidio de Juan en el ejemplo): siempre y cuando en el evento concreto se den los elementos típicos de aquella. [...] Paso ahora al error con resultados inequivalentes donde no necesariamente hay desviación del curso de la acción, aunque también podría haberla en algunos casos. Ahora bien, cuando se produce un resultado típico sustancialmente diferente al que se quiso o se aceptó, habrá que distinguir tres situaciones, dos de ellas con soluciones distintas.

a) El error en el resultado mayor al querido. La primera: cuando el sujeto activo decida realizar un hecho que capta un tipo penal que admita la culpa, pero produce un resultado típico ‘mayor’ al que desea o acepta y aquel es previsible para el agente. En cuyo caso el resultado mayor devendrá culposamente. [...]

b) El error irrelevante con resultado menor al querido (delito en grado de tentativa.) La segunda situación se da cuando el sujeto activo causa un resultado típico menor al deseado. Caso en el que el delito queda en grado de tentativa. Por ejemplo el sujeto quiere matar a otro pero sólo lo logra lesionar. Evento en el que el desvalor típico de la acción reside, además, en el peligro a la vida del

lesionado en el que la acción lo colocó (y a quién se le quería matar.) Aún así, en esos eventos en realidad el error es irrelevante, toda vez que quien al realizar su acción quiere el daño de un bien acepta el necesario peligro del mismo (dolo en consecuencias necesarias.)

c) El error con pluralidad de resultados típicos. Hipótesis en las que el sujeto activo no se presenta ni acepta todos los resultados. Por ejemplo: el sujeto activo que dispara en contra de Juan a quien lesiona, pero el mismo proyectil también lesiona a Pedro. El sujeto activo dispara al perro del vecino, pero el proyectil, además de herir al tuso, lesiona al vecino. En tales eventos, además del tipo doloso consumado en relación con el resultado querido o aceptado; el o los resultados no queridos ni aceptados podrían ser culposos si el error hubiere sido 'vencible'. O atípicos si el error hubiere sido 'invencible'. Mas también ambos resultados podrían ser dolosos (sin que haya error), como cuando el sujeto sabía de la potencia del proyectil y la posición del primer objeto en relación con el segundo, de tal modo que dadas aquellas circunstancias y aunque el sujeto no hubiere querido causar el segundo resultado, en sana crítica se deduzca de manera inequívoca que aquél sí lo aceptó (dolo eventual).^{331 - 332}

³³¹ Cfr. Berchelmann Arizpe, Antonio, *Op. cit., Derecho Penal Mexicano...*, pp. 662 a 665.

³³² Stratenwerth escribe: Finalmente, se debe mencionar aún, sólo con fines de delimitación, el caso del llamado *error in objecto vel persona*. En él, el curso del acontecer real se corresponde totalmente al esperado: la bomba explota al ser abierta la encomienda por el receptor. El autor también acierta, al dar en este receptor, absolutamente en la víctima que él ha atacado, según lo ejecutado anteriormente. Sólo yerra sobre su *identidad*: Él había esperado que el destinatario abriera la encomienda. Es indudable, y tampoco está discutido, que tal error sobre el objeto no afecta la responsabilidad, porque lo que prohíbe la ley no es la lesión de un individuo determinado, sino la de cualquier hombre. Sin embargo, si el autor yerra también sobre las cualidades jurídicamente relevantes del objeto atacado por él, si, p. ej., dispara durante la noche contra el tronco de un árbol, en la creencia de tener delante de sí a la víctima esperada, resta una combinación entre tentativa y eventual responsabilidad por imprudencia. Una y otra solución se entienden por sí mismas según las reglas generales, de modo que al *error in objecto* no puede corresponderle ninguna clase de posición especial.

Sólo para la *participación* falta una solución totalmente satisfactoria. Según una parte de la doctrina, el error debe quedar sin consideración para el instigador o para el cómplice, tanto como lo es para el autor, así, si un asesino profesional que actúa por cuenta ajena yerra sobre la identidad de la víctima, el que encargó el hecho respondería siempre por instigación al delito de homicidio consumado, al igual que en el renombrado caso Rose-Rosahl de 1858 y que volvió a suceder en un reciente caso paralelo. Ya *Binding* se enfrentó a la cuestión de cómo se debía resolver el caso en que el autor reconoce el error y entonces mata también a la víctima predeterminada, u otros posibles casos de confusión: ¿Sería el encargante 'instigador de toda la masacre'? Por ello, la concepción quizá predominante es hoy la de que el *error in objecto* configura, para el instigador, una *aberratio ictus*, porque el autor ejecuta otro hecho que aquel al que se dirigía el dolo del partícipe. Frente a esta posición, se tendría que diferenciar y, por cierto, según que el riesgo de confusión ya se fundamente en las indicaciones del instigador o que sea responsabilidad del instigado. En el primer caso, aquél responde por delito consumado; pero, en el segundo, así y todo, sólo por participación en la

3.3.4. Error en los medios utilizados.

Como lo establecimos en el capítulo anterior, existen tipos penales en los que van insertos (para que se tipifique, vélgase la redundancia) medios comisivos cuya naturaleza permiten distinguir el grado de violencia o simplemente la gravedad con la que se realiza un injusto penal. La utilización errónea de estos elementos comisivos puede dar lugar a la actualización de una hipótesis excluyente de delito. El jurista coahuilense Berchelmann acota:

La utilización del 'medio' (típico) de ejecución o del 'modo' (típico) para realizar la acción que describe la figura típica, implica que el sujeto activo sepa que se vale específicamente del 'medio' o que emplea el 'modo' que el tipo penal del delito señale, para así imprimir la acción especial dirección, potencia causal o manera que aquél apareja. Esto es, a través del <medio> de ejecución o el 'modo' que se describa. O dicho de otra manera, es necesario que en la acción exista en especial contenido de voluntad de realizarla con el 'medio' o del 'modo' que describa la figura típica del delito. Por ejemplo: la 'violencia' en la cópula, tratándose de violación; o el 'engaño', furtividad' o 'violencia' en la ocupación, tratándose de despojo. O el latrocinio mediante la 'fractura' de puertas o ventanas en el robo agravado por aquella circunstancia de modo. En el anterior orden de ideas, si el sujeto ignora o percibe equivocadamente las circunstancias de hecho por las que no se percató de que utiliza el 'medio' descrito en la figura típica o en sus modalidades en el sentido que estas le asignen, la equivocada percepción le hará perder la significación típica que el 'medio' imprime a la acción. Por ejemplo el sujeto activo *ocupa* ('acción') un lote de terreno, diciendo al vigilante que el poseedor del lote le dio permiso, cuando en realidad dicho consentimiento lo

tentativa, mientras que una parte de la doctrina quiere admitir en este caso solamente una participación tentada, que sólo es punible en caso de instigación a crímenes. *Op. cit., Derecho Penal...*, pp. 159 - 161.

recibió de otra persona quien falsamente se hizo pasar por el poseedor (despojo por engaño.) Aquí se podría suponer que quien 'ocupó' el lote ('acción' de tipo penal de despojo) objetivamente lo hizo a través de un planteamiento falso de la realidad ('medio' para la acción típica de despojo). Pero en realidad el sujeto activo no realizó la acción de 'engañar' al vigilante según lo que él había percibido. Por ende, no se condujo con voluntad mendaz sino que él mismo fue objeto de ella la cual le hizo incurrir en una creencia falsa. Habrá igualmente error de tipo cuando la enfermera cree colocar medicina en el recipiente de transfusión al paciente, cuando en realidad deposita veneno, caso en el que falta el dolo de homicidio por envenenamiento. De lo que se sigue, que cualquier error respecto al 'medio' o 'modo' —típicamente descritos— impedirá la configuración del dolo como elemento del tipo penal, constituyéndose en causa de atipicidad.³³³

Los ejemplos dados, aunque válidos dentro del mundo de la argumentación jurídica, lo cierto es que no atienden con claridad a los tipos penales que refiere y en su caso, resulta dudoso que puedan resultar excluyentes de delito en su forma de atipicidad, pues cuando se refiere a "la 'violencia' en la cópula, tratándose de violación; o el 'engaño', furtividad' o 'violencia' en la ocupación, tratándose de despojo." ¿Pueden realmente justificarse por error en los medios? En nuestra opinión pueden acontecer esta clase de errores teniendo como origen una falsa percepción sobre la justificación de los mismos, de tal modo que no sería materia de estudio el medio sino la conciencia sobre la licitud con la que se despliega la conducta. Ahora bien consideramos como válido el ejemplo en el que "el sujeto activo ocupa ('acción') un lote de terreno, diciendo al vigilante que el poseedor del lote le dio permiso, cuando en realidad dicho consentimiento lo recibió de otra persona quien falsamente se hizo pasar por el poseedor (despojo por engaño.)" pues efectivamente de manera objetiva se aprecia el

³³³ Berchelmann Arizpe, Antonio, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano...*, p. 667.

error inducido en el activo para la comisión del delito a que alude. Para finalizar, recordamos que el tipo penal de homicidio no requiere para su consumación de medios comisivos, por lo que el error en el medio no excluirá las consecuencias jurídicas que correspondan, ya se trate de un homicidio a título de culpa o bien que se trate de un envenenamiento que le era invencible a la enfermera.

3.3.5 El error sobre las circunstancias de lugar, tiempo u ocasión.

La equívoca percepción del lugar (el cual puede dar lugar a un error irrelevante, o bien a un error de prohibición si el sujeto activo si ignora que al cambiar de entidad se prohíbe la misma conducta (error directo), o bien si considera que en el lugar donde se encuentra está justificado su actuar (error inverso), sobre las circunstancias de tiempo existe un ejemplo claro en el llamado *aberratio delicti* que está determinado entre quien cree cometer el delito de infanticidio, pero por cuestión de horas comete el delito de homicidio. Berchelmann escribe:

El agente puede tener una percepción equivocada del 'lugar' o del 'tiempo' en que realiza su conducta y que se captan por el tipo penal. Por ejemplo: el sujeto activo se introduce sin permiso a la dependencia de una casa que cree sin habitar, pero en la que vive el mismo vigilante de ella. (Allanamiento de morada, con error respecto a circunstancia de 'lugar'.) El agente del Ministerio público que sustituye en turno a otro y prolonga por más de 48 horas la retención de un indiciado, en virtud de creer –según el informe del agente del Ministerio Público del turno anterior- que el indiciado tiene menos de aquél tiempo en retención. (Abuso de autoridad, con error respecto a *circunstancia* de 'tiempo'.) En su turno, las circunstancias de 'ocasión' son situaciones que el autor aprovecha como motivo para realizar su acción típica. De tal suerte que el 'error' del agente que

incida sobre una circunstancia que pudiera aparecer 'ocasión', debido a su naturaleza mixta –objetiva-subjetiva– en realidad impedirá la configuración misma de ese elemento del tipo penal constituyéndose en causa de atipicidad.³³⁴

3.3.6. El error sobre un elemento esencial integrante de la infracción o que agrave la pena.

El ilustre jurista español Jiménez de Asúa adelanta una solución al problema al señalar que "No cabe duda alguna de que si esta agravación es el fundamento de un tipo calificado, el error sobre el hecho que sirve de base para la calificación especial, destruye el tipo agravado y sólo se aplicará el básico."³³⁵ Por su parte Berchelmann escribe: "El error sobre su existencia es relevante para excluirlas. En virtud de que el conocimiento de dichas circunstancias es exigencia del actuar doloso. Por ende, dicho error impide el aumento de penalidad que se deriva de aquellas circunstancias. Ejemplo: Al sujeto activo que ignora que su descendiente a quien viola, no se le puede aplicar el aumento de penalidad por 'violación prepotente o incestuosa'. Quien ignora que el documento ajeno del que se apodera forma parte de un protocolo público, no podrá aplicársele la penalidad del robo agravado por esa circunstancia."³³⁶ ³³⁷ Sobre el particular, el jurista español Santiago Mir señala:

³³⁴ *Ídem.*

³³⁵ Jiménez de Asúa, *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal, Tomo V La Culpabilidad...*, p. 608.

³³⁶ Berchelmann, Arizpe, Antonio, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano...*, p. 668.

³³⁷ Jiménez de Asúa ejemplifica sobre el particular: Sabido es que hay en todas las leyes, tipos privilegiados y calificados, que son especiales en orden al tipo general que les sirve de tronco. Tomemos como ejemplo de los privilegiados el infanticidio, descrito en el artículo 410 del código penal español, y en el inciso 2º del artículo 81 del Código Argentino. El tipo está determinado, en su especialidad privilegiada, por la ocultación de la deshonra de la madre y por la edad de la criatura ("recién nacido" o "durante el nacimiento o mientras [la madre] se encontrara bajo la influencia del estado puerperal"). Puede acontecer que el yerro –sobre todo de los abuelos del que acaba de nacer–

Según el art. 14, 2 CP, «el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación». Las «circunstancias agravantes» no sólo las expresadas bajo esta designación en el art. 22 CP y, cuando agrave, en el art. 23 CP. Sólo a éstas se refiere el art. 65 CP, básicamente coincidente con el art. 60 del CP anterior, que antes de la reforma de 25 junio 1983 podía tomarse como base de la regulación del error sobre circunstancias modificativas. A diferencia de este otro precepto, el actual art. 14, 2 se refiere también a los elementos típicos accidentales («hecho que cualifique la infracción»).

incida sobre la *edad* de la pequeña víctima e incluso sobre la *honra* de la parturienta. En ambos casos, si se tratare de un niño de más días o de una mujer ya deshonrada, y cuyo descrédito ignoraban los parientes a que se refieren los Códigos de España y de la Argentina, habría que abonarles el error de las circunstancias en que se fundamente el tipo privilegiado y no inculparles su acto como simple homicidio. El fundamento es el mismo que hemos visto (en el número anterior), al tratar de la errónea creencia de que concurren en el caso circunstancias atenuantes. Quede aquí mencionado el problema que ya se profundizó [...]. Es evidente que el conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaron la configuración de un tipo de delito calificado, se exige para que pueda serle imputado dolosamente al autor ese delito especial agravado. Por ejemplo -como ya enseñó Francisco Carrara-, no cabe duda alguna de que imputar al agente el delito del parricidio, debe saber el autor que la víctima es su padre, su ascendiente, su hijo, su descendiente o su cónyuge, aunque el Código penal español no lo diga de modo taxativo en su artículo 405. La jurisprudencia española, sin embargo, se ha hecho cargo de estos casos, en referencia, a la norma del art. 50: Es menester -dicen algunos fallos- que la relación del parentesco o de autoridad jerárquica con el ofensor cualifique la infracción criminal resultante de la agresión, toda vez que, en este caso, el delito cometido no es consecuencia lógica ni previsible conforme al propósito doloso del agente, constituyendo una infracción penal específica distinta de la que se propuso ejecutar (Sentencias de 15 de Octubre de 1942 y de 5 de enero de 1944). Vamos a citar, a este respecto, dos fallos del Tribunal supremo español, no muy antiguos, por cierto: 'En este concepto debe ser penado el recurrente como si efectivamente hubiese a aquél a quien tiraba el golpe que alcanzó a su hermano, pero sin tener en cuenta... la circunstancia de parentesco, que por nada ni para nada entró en el mente del culpable, y cuya aplicación en este caso sería de todo punto improcedente' (Sentencia de 17 de diciembre de 1879). 'En el delito de atentado a la autoridad, cuando ésta se ejerza de un modo accidental por un delegado a quien aquélla haya sido conferida por el que la desempeña permanentemente, se ha de tener presente, no sólo los actos materiales de acometimiento o fuerza realizados por el agente, sino la disposición de ánimo de éste, si pudo o no reconocer el carácter que ostentaba aquél, el sitio y ocasión en que se desarrolló el suceso y todas las demás circunstancias que puedan dar a conocer la naturaleza del mismo... Si de los hechos probados aparece la posibilidad de que los acusados, bajo la influencia de una perturbación alcohólica, desconocieran el carácter de autoridad del Regidor municipal, que continuaba en funciones delegadas de Alcalde, a pesar del regreso de éste, pero sin que se conste se hubiese hecho comunicación pública u oficial, resulta indemostrada la intención de aquéllos de menospreciar el principio de autoridad' (Sentencia de 5 de marzo de 1922). En cambio, si consta en el Código penal argentino, a *sensu contrario*, la eficacia del error sobre un elemento que califica una infracción punible. Así dice el art. 80: 'Al que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge, *sabiendo que lo son*'. En todos los casos en que los Códigos configuren tipos calificados, el conocimiento de la circunstancia calificativa, sea de mero hecho o de carácter jurídico, hace imposible la calificación agravada y sólo podrá juzgarse conforme al tipo básico. Así, por ejemplo, el robo calificado en el artículo 506 del Código penal español, por el lugar de 'casa habitada' o de 'edificio público', no podrá imputarse a quien desconozca ese hecho o esa cualidad normativa. Jiménez de Asúa, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal, Tomo V La Culpabilidad...*, p. 609.)

Según el art. 65, 2, las circunstancias agravantes o atenuantes «que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido *conocimiento* de ellas en el momento de ellas en el momento de la acción o su cooperación para el delito. El no. 1 del mismo artículo establece, en cambio, que «las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos «en quienes concurren». En realidad, este precepto se refiere al problema de la comunicabilidad de circunstancias entre codefinientes (si concurren varios sujetos en un delito, ¿a quiénes son extensibles -comunicables- las circunstancias modificativas?) Tratándose de circunstancias *objetivas*, el art. 65, 2 las extiende a todos los que las conocen, mientras que respecto a las *personales* restringe su apreciación a los sujetos en quienes concurren. Ello podía servir, antes de que en 1983 se introdujera el art. 6 bis a) (antecedente del actual art. 14), para afirmar la necesidad de conocimiento de las circunstancias objetivas y su no estimación en caso de desconocerse. No era lícito, en cambio, deducir que no fuera necesario conocer las circunstancias personales, puesto que el art. 65, 2 (como el anterior art. 60) sólo dice que tales circunstancias se aplicarán (únicamente) «en quienes concurren», pero no niega que para que concurren en ellos deban conocerlas. Ya antes del anterior art. 6 bis a) la esencia de las dos circunstancias agravantes más claramente personales, la reincidencia y el parentesco, requería el conocimiento de sus presupuesto (así, la condena anterior en la reincidencia y el parentesco en la circunstancia de este nombre) El art. 6 bis a) vino a confirmar esta interpretación, al exigir el conocimiento de *todo* elemento que agrave la pena. [...]

¿Qué ocurre en el caso de suposición errónea de elementos accidentales, genéricos o específicos («error al revés»: se cree equivocadamente que concurren elementos que elevan la pena). Ej.: el autor del hurto creía que la cosa hurtada se hallaba destinada a un servicio público (art. 235., 2 CP)? Ha de

reputarse *irrelevante* y castigarse según el *delito* base, sin cualificar, porque no existe ningún precepto que permita castigar más en este supuesto.

Así, no cabría afirmar concurso del delito base consumado con la tentativa idónea del delito cualificado –lo que, según el art. 77 CP, llevaría a la pena del más grave en su mitad superior-, porque para que existiese tentativa inidónea sería preciso que «el delito» no se hubiera llegado a realizar (art. 16 CP), y aquí se ha cometido –porque el delito cualificado es el «mismo delito» que el delito base ejecutado.³³⁸

Ahora bien, cuando se trata del error sobre los elementos subjetivos del injusto, debemos establecer que no se trata de elementos que agraven o disminuyan la pena sobre un injusto, sino de elementos que componen de manera directa el tipo penal³³⁹. En el mismo trabajo a que se hace referencia de Santiago Mir, resulta de total importancia, ya por método o por el fondo del asunto que se trata, hacer esta salvedad, pues si bien resulta clara la exposición, no se debe errar en la ubicación metodológica para el tratamiento de este elemento del tipo.³⁴⁰

³³⁸ Mir Puig, Santiago, *Op. cit. Derecho Penal...*, pp. 274 -275.

³³⁹ Sobre el error en las circunstancias agravantes Blanco Lozano escribe:

El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

Así pues, conforme al tenor literal de la ley, el error típico también despliega sus efectos:

a) Sobre las circunstancias cualificantes de la infracción (agravante *específicas*), determinantes de los denominados tipos *cualificados*, que prevén una pena superior que los meramente *básicos*.

b) Sobre las circunstancias agravantes genéricas, esto es, las previstas en sede del art. 22, o en su caso, también 23 CP. *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 379.

³⁴⁰ Mir Puig señala: El conocer y querer la realización del tipo –el dolo típico– integra *necesariamente* la parte subjetiva del tipo doloso, que normalmente no precisa más. Pero en ocasiones la ley requiere que, además, concurren en el autor *otros* elementos subjetivos para la realización del tipo. [...]

a) Elementos subjetivos constituidos por una «*tendencia interna trascendente*» esto es, por una finalidad o motivo que va más allá de la (trasciende a la) realización del hecho típico. Ejemplo: el «ánimo de lucro» con que ha de tomarse la cosa ajena en el hurto (art. 234 CP). Esta clase de elementos subjetivos da lugar, según los casos, a «delitos de resultado cortado» o «*mutuados de dos actos*» (ver Lección 9).

b) Elementos subjetivos representados por una «*tendencia interna intensificada*». A diferencia del grupo anterior, en éste no exige la ley que se persiga un resultado *ulterior* al previsto por el tipo, sino que el sujeto confiera a la *misma acción típica* un determinado sentido subjetivo. Ejemplo: un determinado acto de disposición por parte del administrador de un patrimonio ajeno sólo constituirá apropiación indebida si tiene lugar con ánimo de apropiación y de perjuicio (art. 252 CP). Éste es un ejemplo de los «delitos de tendencia», pero también son ineludibles aquí los llamados «elementos de la actitud interna».

c) Normalmente se añade un grupo formado por el conocimiento de la falsedad de la declaración en los llamados «delitos de expresión» (ejemplo: falso testimonio– arts. 458 y ss. CP–, acusación y denuncia falsa –art. 456 CP–).

3.3.7. El error sobre los elementos normativos del tipo (error de subsunción).

Uno de los problemas más significativos que trajo consigo la partición del error (tanto en el tipo como en la culpabilidad), dando paso al error de tipo y al error de prohibición es sin duda el error sobre los elementos normativos del tipo, pues representa un puente entre ambas especies de error al implicar una valoración de carácter jurídica. Su distinción resulta más bien perceptible en la dogmática que en la práctica, sin embargo resulta imperioso distinguir esta clase de error que recibe la denominación de error de subsunción.³⁴¹

Ciertamente, sin dicho conocimiento no se realiza el tipo de delito de que se trate, por lo que sin duda pertenece al tipo de injusto. Para los causalistas, que sitúan el dolo en la culpabilidad, es preciso incluir aquel conocimiento entre los elementos subjetivos del tipo, distinguiéndolo del dolo (como sucede con la «resolución de consumir el delito» en la tentativa). Pero un esquema *finalista*, que incluye el dolo en el tipo, puede reconocer que en realidad el conocimiento de la falsedad de la declaración integra el conocimiento necesario al *propio dolo* en los delitos de expresión: sólo comete dolosamente, *v. gr.*, el delito de falso testimonio quien conoce la falsedad de su declaración. No se trata, pues de un elemento subjetivo distinto al dolo.

³⁴¹ Frisch, escribe: Por lo afecta, por lo pronto, a la problemática del error en el ámbito de los llamados *elementos normativos del tipo*, pareció, en un primer momento, que la polémica hasta entonces existente acerca de la delimitación de los errores sobre las circunstancias (52) del hecho, excluyente del dolo con carácter general, y los errores inadecuados para producir tal efecto habría quedado sin objeto como consecuencia de la renuncia por parte del *BGH* a la distinción del *Reichsgericht* entre error irrelevante de Derecho penal y error relevante de Derecho extrapenal. Al pronunciarse admitido por la doctrina de la llamada valoración paralela en la 'esfera de los profanos' y hablar de un error excluyente del dolo sólo si el autor no hubiese captado al modo de un lego aquello que, según la valoración de la ley, en verdad importa, aparentemente se pusieron de acuerdo la jurisprudencia y la doctrina sobre el criterio decisivo para el enjuiciamiento de este error. Pero si ven las cosas más atentamente, se constata enseguida que no es posible hablar de tal acuerdo ya en los aspectos fundamentales del problema. Ciertamente la jurisprudencia, en parte, se esfuerza en aplicar verbalmente la fórmula de la valoración paralela, pero bajo esta base verbal de explicación pone en práctica patrones de clasificación completamente diferentes. al entender en algunas ocasiones a sí el error recae en el ámbito fáctico o jurídico y al considerar en otras que también el error de Derecho (y especialmente el error en el esfera extrapenal) excluiría también el dolo. Con otras palabras, cabe plantearse la cuestión de si la jurisprudencia se ha apartado en realidad materialmente del criterio del *Reichsgericht*. E incluso en la propia doctrina ha entrado también en crisis el criterio de la 'valoración paralela' en la esfera de lo profano. Los primeros signos de dicha crisis se encuentran ya en los intentos de calificar como 'características de la antijuridicidad' una parte de los -hasta entonces considerados- elementos normativos del tipo y de eludir de este modo el efecto excluyente del dolo que habría de tener la ausencia de la valoración paralela: por ejemplo, (53) allí donde la ley habla de la 'competencia' de una autoridad o funcionario. Con el paso del tiempo la crisis se ha vuelto más profunda. Algunos declaran -en la línea de una notable reducción de los requisitos para la afirmación de la

Sin embargo este problema ocurre sólo cuando el tipo penal establece los llamados elementos normativos, mediante los cuales se supone la conciencia de ilicitud del acto. El penalista Fletcher establece en las primeras líneas sobre el tema:

Los elementos de la tipicidad contienen a menudo elementos que tienen referencias jurídicas o directamente reflejan términos jurídicos y fácticos al mismo tiempo. Así por ej., el delito de bigamia consiste en contraer un matrimonio estando subsistente uno anterior; al tipo del delito requiere, por tanto, que uno de los contrayentes cree erróneamente que el divorcio declarado en la República Dominicana es válido; piensa que está divorciado, cuando en realidad, está todavía casado. Como ya hemos dicho, en algunos Códigos penales, como el alemán o el español, todo error sobre un elemento de la definición del delito (tipicidad) excluye el dolo. Por tanto, si el error sobre la validez de un divorcio es un error sobre un elemento constitutivo del delito de bigamia, el segundo matrimonio no constituirá este delito que sólo admite la forma de comisión dolosa, por más que el error se deba a una negligencia verdaderamente grande en la comprobación de dicho extremo. [...]

Pero si el error se refiere a la norma prohibitiva, puede aplicarse el art. 17 del Código penal alemán que regula el error de prohibición y que permite una atenuación facultativa de la pena si el error es evitable e incluso la impunidad total si es totalmente inevitable. Desde el punto de vista del Derecho alemán, parece pues más ventajoso para el sujeto que se encuentra en esta situación decir que actuaba en error de prohibición y no en error de subsunción; una distinción sin duda defendible, en principio, pero quizás un tanto sutil para

presencia del dolo y, con ello, de una restricción de los errores que, con carácter general, lo excluyen —que es ya suficiente en principio la ‘comprensión del significado de la conducta’, otros exigen que el autor haya captado el ‘sentido el tipo’ (entendido este sentido como situación de hecho), otros retornan de un modo más o menos descarnado a la antigua diferenciación del error de hecho y de Derecho y, por último, también se encuentran de nuevo claras manifestaciones de simpatía por la vieja distinción del *Reichsgericht*, esto es, por la tesis de que sólo el error de Derecho extrapenal excluiría el dolo, mientras que el de Derecho penal únicamente podría ser atendido (en su caso) a través del error de prohibición, produciéndose así, tan sólo en este último aspecto, una variación frente a lo mantenido por el *Reichsgericht*. *et al.*, *El error en el Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 51 – 53.

podería alegar ante jueces con pocas preocupaciones teóricas, más atentos a la realidad práctica de la Administración de Justicia cotidiana.³⁴²⁻³⁴³

Por su parte Luzón Peña distingue:

La principal trascendencia de la distinción entre elementos descriptivos y elementos normativos del tipo –teniendo en cuenta de todos modos que hay

³⁴² Fletcher, George P., *Op. cit.*, *Conceptos Básicos*..., pp. 230 – 231.

³⁴³ Este mismo autor hace una comparación con el *Common Law* y establece: A pesar de ello, en la tradición del *Common Law* no hay, sin embargo, al menos que yo sepa, una sola decisión jurídica judicial que considere que un error que no sea razonable sobre la validez de un anterior divorcio excluya el dolo del delito de bigamia. Las decisiones judiciales habidas hasta la fecha en este ámbito sólo conceden relevancia a este tipo de error cuando es razonable, en este caso, parece que el dolo no requiere la conciencia de estar ya casado en el momento en que se celebra la segunda ceremonia. Pero esta posición de sólo dar relevancia al error invencible o exento de culpa, no es tan evidente. También, en caso de error no razonable o vencible parece terriblemente injusto condenar por bigamia a alguien que cree de buena fe que podía volver a casarse.

A pesar de ello, los tribunales del *Common Law* insisten tozadamente en la lógica de negarse a tratar el error de forma autónoma respecto al dolo requerido específicamente en cada delito. Un buen ejemplo de ello es el error sobre la ajenidad de la cosa en los delitos de apropiación. Desde el punto de vista del propietario, el que alguien se lleve una cosa de su propiedad constituye un hurto, pero si el que toma la cosa lo hace pensando que es una cosa abandonada, no actúa con el dolo requerido por el tipo del delito de hurto que exige la intención de apoderarse de una cosa ajena. Así, en el caso *Morrisette v. United States*, el acusado fue condenado conforme a una Ley Federal por haberse apoderado de carcasas de bomba ya explosionadas que se encontraban en un campo de maniobras de dominio público; y aunque alegaban que creía que se trataba de objetos abandonados, el Tribunal entendió que el dolo del delito en cuestión sólo exigía que el sujeto quisiera apoderar de objetos que se encontraran en dominio público y que, por tanto, su error no excluía el dolo específico requerido por este delito.

Sin embargo, la Corte Suprema resolvió por unanimidad a favor del recurrente, porque, como dijo el Juez Jackson en su ponencia expresando el parecer de la Corte, la Ley Federal requiere una intención específica de tomar una cosa perteneciente a su <<propietario>>, que no se daba en este caso. Obsérvese que el problema para el Tribunal era cómo construir el dolo requerido por el delito y optó por la definición del hurto en el art. 242 del Código penal alemán (<<tomando una cosa mueble ajena>>). No obstante, para los juristas alemanes el problema no sería tanto interpretar el correspondiente texto legal, como la propia construcción de la antijuricidad del hurto. Si el sujeto creía que estaba cogiendo cosas abandonadas, en realidad no tenía conciencia de que estaba realizando algo injusto.

Comparemos ahora este caso con el que se da a veces en las rupturas matrimoniales en las que uno de los cónyuges se lleva el automóvil que es copropiedad del matrimonio y lo hace subrepticamente porque no quiere que el otro se lo impida, creyendo que en todo caso esto es una cuestión de responsabilidad civil que nada tiene que ver con el Derecho penal. En este caso, el cónyuge que actúa de esta forma, cree que el hurto sólo se da cuando la cosa pertenece completamente a otra persona, no cuando se trata de una propiedad compartida. Y efectivamente así es en la tradición del *Common Law*, aunque no en otros ordenamientos jurídicos. Si el hecho ocurre, por ej., en Alemania, objetivamente constituye un hurto, aunque el sujeto pueda alegar que él no lo sabía y que actuó en error sobre la ajenidad de la cosa. De hecho los penalistas alemanes se resisten a tratar este caso igual que lo hizo la corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Morrisette*. Después de todo, en este supuesto, el sujeto no tenía por qué actuar subrepticamente, ya que pensaba que en realidad actuaba correctamente; mientras que en el caso del cónyuge, éste si actúa de forma subreptica, porque de algún modo tiene conciencia de que está realizando algo incorrecto, aunque no sea exactamente un delito.

Para casos como el del cónyuge que tiene conciencia de que no está actuando del todo correctamente, los penalistas alemanes distinguen entre *error de subsunción*, es decir, error sobre el precepto legal concretamente aplicable y el *error de prohibición*, es decir, error sobre la propia norma que prohíbe el hurto. De su clasificación como uno u otro tipo de error, la doctrina alemana deduce distintas consecuencias. El error de subsunción, es decir, el error sobre cuál es la interpretación correcta del precepto legal en cuestión y cuál la clasificación jurídica de su conducta, es completamente irrelevante.

múltiples elementos de carácter mixto, pero en los que predomina más lo descriptivo o lo normativo- se produce precisamente en materia de error; pues para el conocimiento de los elementos descriptivos basta normalmente con la percepción sensorial o el entendimiento lógico de las circunstancias de los mismos, mientras que para el conocimiento de la concurrencia de elementos normativos es precisa, además de la percepción de las circunstancias o sustrato fáctico, la comprensión de su sentido o significado conforme a normas que lo definen. Pese a todo la doctrina mayoritaria entiende que para el dolo basta con un conocimiento aproximado de su significado normativo, con –utilizando la conocida fórmula de *Mezger* para el error de Derecho, sea sobre la antijuridicidad o sobre la significación de los elementos normativos- una <valoración paralela en la esfera del profano>, de modo que sólo habrá error sobre los elementos normativos como error de tipo cuando el sujeto ni siquiera haya tenido esa conciencia aproximativa y propia del profano sobre el significado de un elemento. Un sector moderno (p. ej. *Welzel*, *Roxin*) utiliza la fórmula de que este error excluirá el dolo cuando el sujeto no conozca el <sentido o significado social> del elemento y por tanto del hecho; y en sentido parecido pero modificando esa fórmula, *Díaz y García Conlledo* sostiene que para el dolo se ha de conocer la concurrencia en el hecho del elemento normativo en su <sentido o significado material auténtico>.³⁴⁴

Berchelmann acota: "El dolo no se limita al conocimiento del hecho y sus circunstancias fácticas, según se contemplen en el tipo penal, porque cuando el legislador pone una conducta puede requerir el conocimiento del sentido normativo de la acción por parte del autor para que éste merezca la pena. El legislador puede estimar así en el tipo circunstancias <normativas> que acoten a la conducta sin desnaturalizarla y, asimismo, en realidad el legislador siempre involucra en el tipo al menos un elemento normativo cual es la lesión o el riesgo de lesión al bien jurídico que protege. Así, no se

³⁴⁴ Luzón Peña, *Op. cit.*, *Curso de Derecho Penal...*, p. 448 -449.

trata de cualesquier conducta la que le interese al legislador para que los efectos típico-penales. Sino sólo aquellas que, por reunir las características que acuña en el tipo penal, se deban sancionar penalmente.³⁴⁵⁻³⁴⁶ En la doctrina alemana seguimos a Jescheck cuando define:

a) Si el autor conoce el contenido objetivo de un elemento típico, pero yerra sobre su significado jurídico penal (v.g. no considera documento la matrícula del automóvil, o que un perro sea una cosa), se da un error de subsunción, irrelevante como tal, puesto que para la afirmación del dolo no cabe exigir otra cosa que le conocimiento del significado en el sentido de la 'valoración paralela en la esfera del profano'. Por lo general, el dolo no afecta aquí al tipo, sino a la

³⁴⁵ Berchemann, Arizpe, Antonio, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano*..., p. 674.

³⁴⁶ Este mismo penalista coahuilense ejemplifica: En realidad los errores de subsunción se pueden presentar en muchos casos, dado que normalmente quién realiza el tipo es profano en Derecho o incluso, siendo letrado, puede carecer de los conocimientos especiales sobre cierta materia para saber el significado exacto del elemento normativo que se asocia con aquella materia jurídica en particular. Sin embargo, lo que importa es que conociendo las circunstancias fácticas que dan origen al elemento normativo, la persona capte el sentido social de valor y desvalor de aquél según el contenido del tipo, aunque no se represente el concepto de manera jurídicamente exacta. Peor todo lo dicho tampoco debe llevar a estimar que cualquier error sobre el significado del elemento normativo deba estimarse error de subsunción si acaso tal error sobre el significado el elemento típico impide al sujeto captar el sentido de valor o desvalor del hecho que realiza. Para ilustrar mejor lo dicho, pongo como ejemplo algunos casos. La persona incurre en error del tipo de robo de bienes nacionales cuando se apodera de un ropero ignorando que adentro hay una cosa de tal calidad. Pero también incurrirá en tal error de tipo si aquellas ve el bien pero no sabe que tiene tal calidad.

Una circunstancia parecida al primer ejemplo de error de tipo se puede dar cuando el juez inicia una causa y hasta después sabe que está impedido para conocer de ella por tener relación de amistad estrecha con el abogado de una de las partes y de cuya asistencia legal no se habría percatado. Así, el juez ignoraba tal circunstancia fáctica cuando inició el conocimiento de la causa. Lo cual da motivo al error de tipo. Y lo mismo sucederá cuando el juez considera erróneamente que una circunstancia fáctica que él conoce no se ajusta a las causales de excusa o impedimento que la ley prevé de manera confusa, sin que al respecto haya declaración jurisprudencial y aquél estima que el dato concreto no le impedirá conocer y resolver con imparcialidad, porque en éste caso el juez actúa sin el sentido de desvalor respecto al bien protegido que implican los tipos de los artículos 225-I del CPF, 291-I del CPDF y 230-I del CPC. El error así es de tipo y no de subsunción. Así mismo, si alguien toma la cosa ajena que confunde con la propia incide en un error de tipo. Y también incurre en tal error de tipo si el sujeto acuerda vender su reloj a un precio cierto y se lo entrega al comprador, pero enseguida se lo arrebató creyendo que aún le pertenece al ver que aquél no le paga en ese momento según lo acordado. Como se podrá advertir, en algunos de los ejemplos arriba citados, el sujeto tuvo una falsa creencia de la realidad del hecho que se presenta y que incide sobre un elemento <normativo> del tipo penal. En tanto que en otros ejemplos, el sujeto no confundió las circunstancias fácticas que dan motivo al elemento <normativo>; es decir, el sujeto tuvo una correcta representación de ellas, pero no sabía o apreció erróneamente el alcance legal del elemento <normativo> típico en relación con su propia conducta objetivamente típica. Siendo lo decisivo para la existencia del error de tipo en esos casos que el sujeto no haya comprendido el significado de desvalor de su conducta que el elemento típico normativo implique. Pues de lo contrario, la persona se halla en un mero error de subsunción que no excluye al error de tipo, aunque eventualmente puede configurar un error de prohibición que incida sobre la culpabilidad excluyéndola o atenuándola según el error haya sido invencible o vencible. (Berchemann, Arizpe, Antonio, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano*..., p. 674.)

punibilidad del hecho, cuando a pesar de la presencia del conocimiento del significado falta la conducta del injusto, porque el autor considera, por el error de subsunción, que el hecho está permitido, se da un error de prohibición (BGH 9, 341 [347]; 13, 135 [138]; y 15, 332 [338]).

Ejemplo: el autor asegura no haber sabido que la obtención de otras carrillas para víveres en tiempos de racionamiento constituye una 'ventaja patrimonial' (RG 51, 237 [339]) o que con la financiación de negocios a plazo gestiona un 'instituto de crédito' (BGH 4, 347 [352]). El acusado sostiene no haber tenido por 'aprendiz' a una muchacha de dieciséis años que recibía enseñanza (BGE suizo 78 IV 41). El asesino que conoce todas las circunstancias del hecho alega no haber considerado 'alevoso' su comportamiento (BGH 22, 77 [80]).³⁴⁷

El error de subsunción se acuñó casi a la par de la dogmática alemana, el mismo Jiménez de Asúa rememora: "No es nuevo ciertamente este término que ya se encuentra usado por Franz von Liszt. Como en ese tiempo se tendía a la unificación de las clásicas formas del error (*error facti* y *error iuris*), se empleó un título que no comprometiera en demasía la deseada unidad: 'error de subsunción'. Basta, para convencerse de lo dicho, acudir al texto Lisztiano: 'Como el dolo es el conocimiento de todos los elementos esenciales del hecho queda excluido por el *error de subsunción*; es decir, por la no admisión errónea de un elemento esencial del tipo (o de una causa de agravación de la pena)...'^{348, 349} Berchelmann establece con anticipación al tema que abordaremos en el capítulo siguiente, la orientación de nuestros códigos penales:

³⁴⁷ Jescheck, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 283.

³⁴⁸ Jiménez de Asúa, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal, Tomo V La Culpabilidad...*, p. 555.

³⁴⁹ Berchelmann hace un recuento sobre modernas posiciones en torno a este tema cuya problemática se centra en la distinción tajante respecto al error de prohibición y su pertenencia al error de tipo: "En efecto mientras que algunas posiciones finalistas consideran al tipo penal con todos sus elementos, materiales, descriptivos, normativos y subjetivos, involucrado en el daño o peligro al bien jurídico. Cierta corriente no lo hace así en relación con la conducta típica, a la que estima sólo en su aspecto ontológico según la describe el tipo penal pero sin incluir en el dolo el daño o peligro al bien jurídico, ni la significación jurídica o social de los demás elementos normativos que pueda tener el tipo penal. Por lo tanto, tal orientación concibe a la conducta típica y por ende, al dolo, con

La actual orientación del CPF, el CPDF y el CPC en el tema que se analiza es congruente con los ideales de un estado de derecho –la cual de por sí se modificó en la ley sustancialmente para ese efecto-. Y ello es así, 1) porque está claro que los códigos penales federal, distrital y coahuilense pasaron de una conducta <ciega> a una <vidente y con comprensión del significado social de los elementos normativos> en el ámbito de la propia <conducta típica>, respetando así el objeto de regulación de las normas penales, cual es la conducta humana. 2) Es por igual evidente que las fórmulas sobre el dolo y el error de tipo de dichos códigos son límites racionales a un poder punitivo irracional que permiten que el dolo debe abarcar el sentido social de los elementos normativos que lleguen a configurar al tipo penal con inclusión del daño o peligro al bien jurídico. 3) Sin embargo, es dudoso que se cumpliera mejor con los fines de un estado democrático, si en el Derecho Penal mexicano se adoptara en su plenitud la tesis de los elementos negativos del tipo.³⁵⁰

La autora alemana Ingeborg Puppe ha establecido con claridad:

ha quedado demostrado que existe una diferencia de principio entre el error de tipo y el error de subsunción y que tampoco puede haber zonas grises entre estas dos categorías de error mientras el sentido del tipo esté claro. Por consiguiente, el peligro de que el dolo se convierta en un privilegio de los juristas no existe y, en consecuencia, tampoco es necesario enfrentarse a este peligro mediante un debilitamiento y atenuación del requisito de la aprehensión del

abstracción de que el agente sepa que actualiza los aspectos normativos –de valor y desvalor- que indirectamente vuelven socialmente desvaliosa a la conducta. Pues sólo importaría que el sujeto sepa que actualiza las circunstancias fácticas que contiene el tipo –elementos materiales o descriptivos-. La valoración que el agente pueda hacer del carácter lesivo de su conducta y, en su caso, de los demás elementos normativos que contenga el tipo, ya no corresponde al aspecto ontológico de la conducta en el tipo ni por ende al dolo, sino que la infracción a la norma de determinación que surge del tipo compete valorarla en la culpabilidad. Sin embargo, es obvia la inconsecuencia de esa postura. En el Derecho Penal mexicano vigente es inadmisibles un dolo ‘neutro’, el cual sólo abarcaría al hecho que el tipo penal describe sin incluir los elementos normativos. Admitir esa postura aparecería aceptar por igual que el dolo encerraría sólo a una parte del tipo penal. Es decir, en tanto que el tipo pena tiene elementos <normativos>, éstos no se comprenderían por el dolo. Por lo tanto, tendríamos un dolo que no es igual al contenido del tipo penal. Así mismo, si se quiere razonar que en realidad los elementos normativos no forman parte del tipo penal, entonces se tendría que alterar el contenido del tipo objetivo y del tipo penal mismo. (El que incluye tan a los elementos materiales o descriptivos como a los normativos.) Lo que también nos llevaría a un tipo penal <abierto> y siempre neutro o avalorado.” Berchelmann Arizpe, Antonio, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano*..., p. 677.

³⁵⁰ Berchelmann, Arizpe, Antonio, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano*..., p. 680.

sentido. Comprobemos nuevamente esta afirmación preguntándonos cómo un juez puede verificar, en el caso individual, si un acusado que ha errado sufría un error de tipo o de subsunción. En el caso anteriormente configurado, el juez oír en primer lugar, la siguiente defensa: 'No sabía que había cometido falsedad documental'. Esta objeción puede significar un error de tipo o un error de subsunción. Para averiguarlo, el juez seguirá preguntando al acusado acerca de qué es lo que se había representado. Quizá le pregunta: '¿Sabía usted que generaba la apariencia de que quien exponía la mercancía había emitido una declaración de pensamiento, que en realidad no emitió, corporizándola permanentemente?'. También esta pregunta probablemente sea contestada negativamente por el acusado que no tenga formación jurídica o comercial. Por lo tanto, el juez abandonará el nivel abstracto de configuración conceptual jurídica y preguntará más concretamente, pero deberá tener en cuenta que las oraciones por él ofrecidas como contenido de la representación del autor L impliquen la descripción típica del supuesto del hecho.

Si el autor realmente padecía un error de tipo, nunca confirmará una oración de este tipo, a no ser que se encuentre en el momento de confirmar esa oración, a su vez, de nuevo en un error de subsunción (error conceptual). Por lo tanto, el juez únicamente podrá interrumpir el diálogo con el acusado cuando esté seguro de que coincide con el acusado en la utilización de los términos. Sin esa coincidencia, además, resulta imposible toda comunicación entre juez y acusado acerca del contenido de las representaciones de éste.

Aparte de lo anterior, resulta irrelevante después de cuáles y de cuántas propuestas de concreción es interrumpido el diálogo y a qué nivel de 'concreción' de la realización del tipo se alcanza la coincidencia en los términos entre acusado y juez. Ello es así porque toda descripción del supuesto de hecho ofrecida por el juez o dada por el acusado debe implicar la descripción típica de dicho supuesto de hecho: conteniendo, por lo tanto, el sentido del tipo.³⁵¹

³⁵¹ Puppe, I., et al., *El error en el Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 97 - 98.

El nivel de abstracción a que hace referencia la autora germana es un claro indicador del concepto en el que se tiene a los elementos normativos como constitutivos del tipo. ¿Realmente es necesario elevar el discurso o el interrogatorio a una persona sujeta a un procedimiento penal? ¿Tiene el promedio de la gente esa capacidad de abstracción para responder al juzgador en los términos que plantea la autora? Consideramos que se debe partir del elemento normativo buscado y bajo es tenor establecer la pregunta sobre la ilicitud del acto, o el concepto jurídico inmerso en el tipo (matrimonio, en caso de bigamia; posesión o propiedad, en delitos contra el patrimonio; etc.) para poder arribar al tipo de error planteado. Una vez superado este aspecto, Claus Roxin eleva la discusión al establecer tajantemente la ubicación del error de subsunción. Dicho autor señala categóricamente que el error de subsunción no es un error de tipo:

Un problema especial resulta de saber qué tan lejos debe ir el conocimiento de la importancia referido a las circunstancias particulares del hecho, a fin de que todavía pueda considerarse dolosa su realización. Esto también quiero explicarlo tomando como ejemplo el delito documental. En Alemania se acostumbra en algunos restaurantes que el mozo marque la cantidad de bebidas consumidas haciendo una raya en el posavasos de cartón de las bebidas. Según la jurisprudencia alemana tal raya es un documento pues se corresponde con la definición usual de documento como una declaración incorporada de ideas que pruebe algo jurídicamente relevante (o sea el número de bebidas consumidas) y permita reconocer, según las circunstancias, a su remitente. Luego, cuando alguien, para ahorrar dinero, borra alguna de esas rayas, esto, además de estafa, es una destrucción de documentos y, en vista a la totalidad de las rayas que constituyen un "documento total", también una falsificación documental. Ahora bien, ¿se encuentra el autor en un error de tipo excluyente del dolo cuando arguye que no había entendido el significado de la raya como documento? P. ej.

Dice que había creído que un documento tendría que consistir en palabras y contener una firma. Si se viera en ello un error de tipo, el autor podría no ser condenado por un delito documental, pues la ley no conoce una comisión culposa de este delito.

No obstante, iría demasiado lejos si, en caso de elementos normativos, se exigiera una exacta subsunción, o sea una correcta representación de todos los elementos conceptuales del documento para el conocimiento del significado que fundamenta el dolo. En tal caso, para actuar dolosamente el autor tendría que haber definido correctamente el concepto de documento. Dado que esto solamente podrían hacerlo, a lo sumo, penalistas, el ciudadano normal apenas podría cometer un delito documental debido a su insuficiente comprensión de los presupuestos conceptuales de la definición de documento. Por ello, para el conocimiento de la importancia que fundamenta el dolo del tipo debe ser suficiente que el autor haya captado correctamente el contenido social de sentido de un elemento del tipo. Esto significa para nuestro ejemplo: cuando el autor sepa que las rayas en el posavasos han sido colocadas allí por el mozo para marcar el número de bebidas consumidas con la finalidad de prueba en el círculo jurídico, sabe todo lo que ha llevado a que la raya sea considerada como "documento" por el Derecho. Si él mismo no ha subido este "signo de prueba" bajo el concepto de documento, esto es un simple error de subsunción y no un error de tipo. Entonces, el autor actúa dolosamente y, pese a su error sobre el alcance del concepto de documento, debe ser penado por falsificación documental.³⁵²

Aun cuando podamos coincidir con los fines perseguidos por el excelente jurista alemán, consideramos desafortunado el ejemplo propuesto, toda vez que se refiere a un fraude de consumo, el cual, siguiendo el principio de especialidad, absorbe al delito de alteración de documento, toda vez que éste, como lo sostenemos desde el capítulo

³⁵² Roxin, *Op. cit.*, *Problemas...*, pp. 122 -123.

anterior cuando abordamos los medios comisivos, se constituye únicamente como el vehículo para evitar el pago de lo consumido.³⁵³ Luego, si se trata entonces de establecer el conocimiento sobre los elementos del tipo, resulta clara la conducta del sujeto que, mediante la argucia de borrar rayas del portavasos, sabe que pretende engañar al mesero para pagar menos, afectando con ello el patrimonio del local comercial donde es atendido. Entonces conoce los elementos constitutivos para la imputación de fraude, sin que se deje impune su conducta, salvo que alegue el mismo sujeto que "no sabía que ese era el sistema (hacer rayas en el portavasos) para llevar la cuenta de las bebidas que le eran dadas." Pero nada tendrá que ver el conocimiento sobre el concepto de documento ni si éste es público o privado, aun con el carácter precario del mismo. El mismo autor señala:

Semejantes errores de subsunción no solamente se presentan, como en nuestro ejemplo, en caso de elementos normativos del tipo, sino también pueden afectar el alcance de elementos descriptivos. Así, el derecho alemán trata como cosas a los animales ajenos bajo el punto de vista de la protección de la propiedad. Luego, quien lesiona dolosamente al caballo de su vecino, es penado por daños. Ahora bien, ¿puede el autor en tales casos invocar un error de tipo excluyente del dolo haciendo valer que no ha visto el caballo como cosa, sino que entendía como cosas solamente a objetos inanimados? Para ello puede incluso apoyarse en un extendido uso idiomático. Pese a todo debe penársele por daños dolosos, pues el legislador quería abarcar con su disposición penal

³⁵³ En el artículo 387 del Código Penal Federal se lee: " Las mismas penas señaladas en el artículo anterior [relativo al fraude genérico], se impondrán:

...IV. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe;

En el artículo 231 del Código penal para el Distrito Federal, correlativo al anterior se establece:

Artículo 231. Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior [relativo al fraude genérico], a quien:

...

IV. Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe debidamente pactado comprobado;

todo tipo de lesiones a la propiedad ajena. Y tal lesión también se presenta cuando se dañan animales. Si el autor sabe que ha dañado una propiedad ajena también sabe, en su esfera de profano, todo lo que ha motivado al legislador a tratar a los animales como objetos en caso de su lesión. Nuevamente, una interpretación incorrecta del concepto de cosa solamente es un error de subsunción irrelevante para el dolo.³⁵⁴

Efectivamente, el conocimiento sobre la naturaleza del elemento normativo no es necesario para establecer con claridad el ánimo por causar un daño, de tal modo que como lo hemos señalado, la corte ha considerado que no se requiere esa profundidad para establecer el dolo.³⁵⁵

En el Código Penal del Distrito Federal se establece:

³⁵⁴ Roxin, *Op. cit.*, *Problemas...*, p. 123.

³⁵⁵ Por tal motivo es claro el pensamiento de Roxin cuando establece una pregunta más sobre el particular:

Roxin se pregunta:

¿Qué tan clara debe ser la representación de cada una de las circunstancias del hecho?

También plantea algunas dificultades la cuestión de cuán claramente debe haberse representado el autor cada una de las circunstancias fácticas al cometer el hecho. En los elementos descriptivos se tendrá que exigir una representación actual en el momento del hecho. En los elementos descriptivos se tendrá que exigir una representación actual en el momento del hecho. Piénsese en el caso de que alguien había dicho una media hora antes al tirador de nuestro ejemplo inicial que en el campo se encontraría una persona, pero que el autor había olvidado esta información al momento de disparar y creído que lo hacía contra un espantapájaros. Aquí se presenta un error de tipo excluyente del dolo aun cuando el autor habría podido actualizar su conocimiento latente con la suficiente reflexión. Pero naturalmente debe ser penado por homicidio culposo. Algo correspondiente rige para los conceptos de cantidad y medida. Así, según el derecho alemán son punibles las acciones sexuales contra niños menores de catorce años. Cuando el autor de tal delito, al cometer el hecho, considera mayor a la víctima, esto es un error de tipo excluyente del dolo incluso cuando alguien le había comunicado anteriormente en algún momento cuál era la verdadera edad de aquella, aunque ya no lo recordaba en el momento de los hechos. Incluso si no se hubiera hecho ninguna representación sobre la edad, le falta aún el conocimiento de las circunstancias fáctica pertinente.

Por otro lado existen contenidos que no necesitan ser pensados de manera actual, pero que tienen fuerza determinante de la acción y por ello tienen que ser imputados al conocimiento del autor. Cuando alguien hurta cosas en una tienda, al hacer la sustracción normalmente no reflexionará sobre si esas cosas se encuentran bajo una propiedad ajena. No obstante, lo sabe en todo momento porque ello es el presupuesto sobreentendido de su forma de conducta. Se habla aquí de una 'coconsciencia', la cual bastaría para el conocimiento de una circunstancia del hecho, y con ello también para el dolo. Lo correspondiente vale para el 'conocimiento concomitante permanente', el cual juega especialmente un papel cuando las cualidades profesionales son presupuesto del cumplimiento del tipo. Así, algunos médicos y abogados se hacen punibles cuando revelan secretos de sus pacientes o clientes violando su deber de reserva. En el momento de la comisión de los hechos, normalmente no van a reflexionar, en el sentido de un actual 'pensar en ello', sobre su profesión. De cualquier modo ellos saben que actúan como médicos o abogados, y ello es suficiente para el dolo en relación con estos elementos. *Op. cit.*, *Problemas...*, p. 124.

Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

...
VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate

Con esta fórmula el legislador destaca que el error de tipo versa sobre "alguno de los elementos objetivos", lo que debe revisarse a profundidad y establecido en la legislación, pues de lo contrario el error de subsunción que ahora nos ocupa, ni siquiera podría ser invocado, a pesar de actualizarse en la casuística. Mientras tanto se podrá observar que la legislación no trata de manera entera la figura del error de tipo sino "algunas cuestiones en torno a dicho error".³⁵⁶

3.4. La vencibilidad del error.

Una vez conocidas las características que puede revestir el error de tipo, así como los efectos jurídicos que resultan del error de tipo invencible (excluyente de delito) y vencible (sólo se sancionará si el tipo penal admite la comisión a título de culpa), es preciso establecer de qué manera se va a determinar la vencibilidad del error. Blanco Lozano sigue los conceptos establecidos en el artículo 14 del Código penal español al considerar que "El error de tipo será invencible cuando el sujeto, *atendidas sus circunstancias personales en relación con las objetivas de la situación*, no tuvo posibilidad alguna de percibir adecuadamente el hecho, esto es, que *por más que se*

³⁵⁶ Tomando en consideración que el dolo se encuentra ubicado dentro del tipo, podremos constatar que también con el dolo ocurre el problema de soslayarse durante la integración del cuerpo del delito, llevándose su estudio durante el establecimiento de la probable responsabilidad.

hubiese esforzado, nunca hubiera podido llegar a un conocimiento exacto de la situación objetiva.^{357- 358}

La referencia a los absolutismos tales como "nunca" y mezclarlos con vocablos como "hubiera" rompen con la relatividad de lo humano y caen en el terreno de la especulación, que no es sino el opuesto de la seguridad jurídica que debe prevalecer cuando se estudian problemas derivados del tema que tratamos. Es por ello que la discusión, aun cuando nos lleve a sus últimas consecuencias, debe prescindir de esta clase de conceptos. Stratenwerth para explicar el mismo problema ha señalado:

Se entiende por sí mismo, y, por ello, en general ni siquiera se lo menciona expresamente, que la voluntad del autor tiene que estar dirigida a la realización del acontecer típico no como proceso impersonal, sino como su propia obra. En caso contrario, no se podrá hablar de una decisión contra la norma jurídica de conducta. Por ejemplo, la expectativa de que X pudiera ser matado (o incluso: perder la vida de cualquier modo que fuese) es un deseo jurídicamente irrelevante e inocuo, y no dolo en tanto el propio autor no se decida a incidir en ese resultado. Por ello, integra el lado cognitivo del dolo la conciencia de que el propio actuar al menos posiblemente cumplirá el tipo objetivo. Pero, para poder tener esa conciencia, el autor debe tener, en caso de delitos que requieren un resultado que va más allá de la ejecución de la acción misma, una representación

³⁵⁷ Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 376.

³⁵⁸ Este mismo autor ejemplifica: En el caso precitado, de los dos cazadores, si 'B' entró imprudentemente en el campo de tiro de 'A' mientras este se ataba los zapatos y posteriormente —y sin avisar de su situación— 'B' se movió negligentemente con su traje camuflado tras las hierbas, de manera que bien parecía una pieza de caza en la lejanía, probablemente —a falta de mayores verificaciones y pruebas en el proceso— el error de 'A' fuera invencible, ya que tal vez cualquier otro cazador hubiese hecho lo mismo, esto es, disparar, confundido ante la falta de precaución de su compañero, sobre lo que creía era un jabalí.

La consecuencia del error de tipo invencible es, como dice el texto legal, la de excluir la responsabilidad criminal del sujeto agente, aunque, como ya vimos, no ocurre así con la responsabilidad civil. *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 377.

también de la *relación* entre acción y resultado, es decir, del riesgo que fundamenta la imputación objetiva y que él ha creado.³⁵⁹

Bajo esta óptica, el jurista alemán advierte que el sujeto puede representarse la relación entre la causa y el resultado, cuestión que veremos más adelante. Luzón Peña por su cuenta escribe:

El art. 6 bis a, 1° CP 1944 y el 14.1 CP 1995 se limitan a decir que si el error (sobre un elemento típico esencial) es invencible, <excluye la responsabilidad criminal>. Pues bien, hay que precisar que si el error de tipo se basa en una creencia objetivamente fundada o, en general, es objetivamente inevitable aun para el hombre medio ideal -desde el punto de vista del Derecho y para cada posición jurídica- colocado en la situación del autor, con los conocimientos de éste y empleando toda la *diligencia objetivamente debida*, no hay ni solo ni imprudencia alguna, por lo que se trata de un supuesto especial de *caso fortuito*; así ocurre si el maquinista de un tren, al llegar a una señal luminosa que por fallo del sistema le deja paso libre, sigue por una vía sin sospechar que a la salida de una curva se va a encontrar con otro convoy, al que embiste, causando múltiples daños, muertes y lesiones.

En cambio, si había imprudencia por ser objetivamente vencible el error, pero esa *subjetivamente invencible* dadas las condiciones personales del sujeto, éste será inculpable; y la exención de responsabilidad penal encaja también en el supuesto de error invencible, sin distinguir, que ya hemos visto que recoge la fórmula legal.³⁶⁰

La primera crítica que expresamos sobre estos conceptos es el establecimiento de un "hombre medio ideal" (hombre promedio), ya que no se puede hacer una regla a partir de modelos de personas, sino atendiendo a las personas en particular. Esto es, el

³⁵⁹ Stratenwerth, Günter, *Op. cit.*, *Derecho Penal*..., p. 156.

³⁶⁰ Luzón Peña, *Op. cit.*, *Curso de Derecho Penal*..., p.445.

hombre medio ideal no debe ser el punto de partida para resolver los problemas sobre el error, en tal caso, la ausencia de ese hombre promedio debe ser el punto de partida en el problema que nos ocupa. Ahora respecto a la legislación penal mexicana, y haciendo referencia en específico a la federal Berchemann critica:

Porque lo que más importa destacar, es que también constituye una falta al principio de legalidad, el que el CPF y el CPDF omitan regular uno de los relieves principales del error de tipo. Pues el CPF y el CPDF no señalan cuándo el error es 'invencible' y cuándo es 'vencible' y si acaso esa clasificación es o no es admisible aun tratándose de un error que incida en un tipo necesariamente doloso. Ello es imperativo de seguridad jurídica. Porque cuando la ley concede al Estado el poder punitivo para los hechos que describe como punibles y respecto de éstos la propia ley admite que con ciertas condiciones tal poder punitivo se mantiene o se excluye. Entonces, el que la propia ley regule con la mayor claridad posible en qué consisten las condiciones que fundamentan la punición y cuáles hacen viable alguna causa que excluya al delito, no es más que hacer <eficaz> la garantía de estricta legalidad en los delitos y las penas a través del principio de certeza legal que se deriva de aquella. En vez de dejar en la oscuridad la condición de la punición o de la excluyente —que en el caso consiste en saber en qué consiste la <invencibilidad> o <vencibilidad> del error de tipo— lo que favorece la discrecionalidad judicial. Pues eso es lo que se propicia por la carencia de una fórmula legal que diga en qué se hace consistir dicha invencibilidad y todavía más preocupante, la vencibilidad del error. Las expresiones 'invencible' y 'vencible' son así alocuciones 'abiertas' en el CPF y el CPDF cuyo contenido conceptual hay que precisar.³⁶¹

Berchemann toca un punto toral para el trabajo presente: la ausencia de una disposición clara para determinar la vencibilidad del error. Hasta ahora todo ha quedado al trabajo de jueces y abogados aliviar esta carencia, a la que hemos propuesto el

³⁶¹ Berchemann, Arizpe, Antonio, *Op. cit.*, *Derecho Penal Mexicano*.... p. 647.

principio *ex ante* como una fórmula que aunque se separa de la labor legislativa contribuye en alguna medida a resolver cuestiones presentadas en el foro y en la academia. El mismo autor coahuilense continúa:

De todas suertes, coincido con el Doctor Moreno Hernández en que se puede hacer labor dogmática, racional y coherente con base en las normas legales, la que al menos sí es posible de acuerdo con las pautas que regulan al error de tipo en el CPF y el CPDF. En efecto, tratándose de error de tipo en el que el dolo está ausente, cabe ya anticipar lo siguiente:

Cuando objetivamente se actualiza el tipo penal de un delito, la ausencia del dolo por razón del error es insuficiente en todos los casos para predeterminar la atipicidad del hecho. Ello depende de si: 1) es un tipo necesariamente doloso o si 2) el tipo penal que objetivamente se realiza admite la culpa. (Artículos 15-VIII-a) y 66 del CPF, 29-VIII-a) y 83 del CPDF.). Y ello es como se indica, porque en este segundo caso y según aquellos artículos: 2.1) Cuando el tipo penal admite la culpa y el error es invencible habrá causa de atipicidad. 2.2) pero si el error es vencible la conducta será típicamente relevante a título de culpa. Lo cual implica necesariamente acudir a la fundamentación de la conducta como culposa. De lo cual se deduce que en los delitos que admiten la culpa, la invencibilidad del error de tipo estriba en la imprevisibilidad del resultado en el caos concreto: al igual que la vencibilidad del mismo radica en la previsibilidad de ese resultado. Mientras que en el primer caso: cuando el tipo penal es necesariamente doloso, el simple error determinará su invencibilidad y, por ende, la causa excluyente del delito.³⁶²

Cuando Berchemann hace referencia a que "Cuando el tipo penal admite la culpa y el error es invencible habrá causa de atipicidad" soslaya el hecho que el dolo no es estudiado en la integración del cuerpo del delito sino que fue dejado por el legislador

³⁶² *idem*.

federal en México para la fase de la probable responsabilidad según se aprecia de la lectura, a guisa de ejemplo, del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, donde se establece:

"El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley."

Por lo tanto el dolo queda excluido de dicho estudio, hasta el momento de arribar a la probable responsabilidad, por lo que dogmáticamente no se puede argumentar atipicidad cuando al dolo no se le considera como elemento del tipo.³⁶³ Esto acusa un

³⁶³ Nuestros más altos tribunales han establecido criterios como el siguiente:

Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVII, Junio de 2003, p. 710, tesis I.7o.P. J/1, jurisprudencia, Penal.

Rubro: CUERPO DEL DELITO. SU ANÁLISIS, EN MATERIA FEDERAL, DEBE HACERSE EXCLUSIVAMENTE EN LAS RESOLUCIONES RELATIVAS A LA ORDEN DE APREHENSIÓN, COMPARECENCIA O DE PLAZO CONSTITUCIONAL, PERO NO EN TRATÁNDOSE DE SENTENCIAS DEFINITIVAS.

Texto: Conforme al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales reformado el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve, el análisis del cuerpo del delito se debe hacer exclusivamente en las resoluciones correspondientes a las órdenes de aprehensión y comparecencia, así como en las de plazo constitucional, no así cuando se emite la sentencia definitiva, en la cual debe acreditarse el delito en su integridad, en términos de lo dispuesto por los artículos 4o. y 95 del referido código.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 237/2003. 13 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Óscar Alejandro López Cruz.

Amparo directo 277/2003. 20 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Aguilar López. Secretaria: Araceli Trinidad Delgado.

Amparo directo 447/2003. 13 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretario: Jorge Roberto Flores López.

Amparo directo 497/2003. 20 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Froylán Borges Aranda.

Amparo directo 1057/2003. 29 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretario: Mario Sánchez González.

divorcio entre la dogmática y la práctica en el foro.³⁶⁴ Por cuanto hace al error vencible

Luzón Peña señala:

Nota: Por ejecutoria de fecha 6 de julio de 2005, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 62/2005-PS en que participó el presente criterio.

³⁶⁴ Con mucha precisión, Díaz Aranda escribe: "Después de la reforma de mil novecientos noventa y cuatro al artículo 168 del CFPP se dispuso que el dolo formaba parte del tipo subjetivo. Sobre la base de ese nuevo precepto se emitió la siguiente tesis de jurisprudencia.

POSESIÓN DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS EN DELITOS CONTRA LA SALUD. SU NECESARIA VINCULACIÓN CON LA FINALIDAD.- El tipo penal previsto en el artículo 195 del Código Penal Federal establece sanción para el poseedor de alguno de los estupefacientes y psicotrópicos señalados en el normativo 193, por ello siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194. Para el acreditamiento del elemento subjetivo es sin duda la confesión un medio idóneo aunque por sí sola no es suficiente, pues en la mayoría de los casos en que ella exista habrá que vincularla con otras que estén aparejadas, con la comprobación del resto de los elementos típicos de carácter objetivo. Resulta, por tanto, necesario demostrar primeramente los elementos de carácter objetivo del tipo penal, como son: la existencia de la droga, el tipo y la cantidad de la misma que el sujeto posea (o transportaba), así como circunstancias de lugar, tiempo y ocasión; después habrá que analizar la existencia de los elementos subjetivos, como son el dolo y la especial finalidad, para lo cual es idónea la confesión del inculpado de que efectivamente la poseía y que la llevaba consigo para realizar alguna de las acciones a que se refiere el artículo 194, es decir: comerciar, traficar, introducir, etcétera... En tales circunstancias, el juzgador al resolver debe efectuar un enlace concatenado de los elementos objetivos con el aspecto subjetivo, y con todo ello determinar la finalidad del agente respecto del destino del narcótico, no resultando por tanto suficiente la sola afirmación aislada de dicha circunstancia sin la vinculación con otros medios de prueba.

Novena Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo: III, Marzo de 1996; Tesis: 1ª/J. 7/96; Página: 47

Contradicción de tesis 5/95. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. 16 de febrero de 1996. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: María Elena Leguizamón Ferrer.

Tesis de Jurisprudencia 7/96. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y seis, por unanimidad de cinco votos, de los Ministros: presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga María Sánchez Cordero de García Villegas.

Después de la reforma de mil novecientos noventa y nueve el CFPP sólo sabemos que el dolo se encuentra en la figura procesal de la probable responsabilidad, la cual no es una categoría de la teoría del delito, y por ello a nivel de jurisprudencia no sabemos con certeza si el dolo sigue formando parte de la conducta-típica o si debemos considerar que debe regresar a la culpabilidad, lo cual ha generado una disparidad de criterios en las sentencias de los juzgados penales de primera instancia en México.

Ante este panorama, sólo la doctrina nos puede ayudar a esclarecer cuál es la ubicación del dolo, sus elementos y conceptos.

Conforme al desarrollo histórico que hemos realizado, podemos decir que la doctrina alemana de pronunció hasta mediados del siglo XX por la ubicación del dolo en la culpabilidad. Este criterio ha sido seguido hasta nuestros días por la doctrina mayoritaria mexicana. Sin embargo, los debates suscitados en Alemania durante la segunda mitad del siglo XX han demostrado que el dolo debe ser ubicado a nivel de la conducta-típica, porque es la única manera de saber cuál es la relevancia típica del hecho. Así, por ejemplo, sólo conociendo el dolo del sujeto que rompió el cristal de la joyería sabemos si su conducta es simplemente de daños en propiedad ajena o si también es relevante jurídico-penalmente por una tentativa de robo; si quien rompe el cristal del automóvil con herramientas ha realizado una conducta de daños en propiedad ajena o de tentativa de robo del auto estereó o tentativa de robo del auto, cuyas penalidades son muy distintas; determinar si el sujeto que ofrece llevar a los braceros mexicanos a los Estados Unidos está realizando una conducta de tráfico ilegal de personas o un fraude, y, así sucesivamente, podríamos narrar infinidad de supuestos cuya relevancia típica sólo se puede resolver adecuadamente determinando el dolo desde el análisis de la conducta-típica.

Si el error podía haber sido evitado prestando la debida atención o diligencia en la comprobación, ello significa que ha habido imprudencia [...] como siempre que se trata de decidir si hay o no imprudencia, ha de acudirse al criterio de si el error es *objetivamente* vencible o evitable, atendiendo a las posibilidades del hombre medio ideal según la correspondiente posición jurídica, colocado en la situación del autor y con los conocimientos de éste. Ello a pesar de que, incorrectamente, tanto el art. 6 bis a, 2º CP 1944/73 como el 14.1, inc. 2º CP 1995 hablen de error <vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor>, debiendo interpretarse esto último en el indicado sentido de cómo operaría el hombre ideal colocado en las circunstancias personales del autor; pues si el error es objetivamente vencible, hay imprudencia –cuestión de injusto- aunque sea un error subjetivamente invencible, lo que sólo excluye la culpabilidad individual por esa infracción imprudente (lo que no puede haber es un error subjetivamente vencible, pero objetivamente invencible, ya que en el juicio sobre la vencibilidad o invencibilidad objetiva, al hombre ideal se le coloca en la situación del autor y se le añaden en su caso los conocimientos especiales de éste). En cambio, era lógico que se atendiera a la evitabilidad subjetiva en la concepción tradicional de la imprudencia como forma o grado de la culpabilidad y no del injusto; en cualquier caso, siendo una cuestión doctrinalmente discutible, lo mejor sería que el CP se abstuviera de tomar posición, no mencionado cuál es el criterio –objetivo o subjetivo- de la evitabilidad, del mismo modo que hacía el art. 17.2 AP 1983 o que hace el propio art. 6 bis a, 1.º CP 1944/73 o 14.1 CP 1995 respecto del error de tipo invencible.³⁶⁵

Blanco Lozano establece:

Nos hallamos ante un error de tipo *vencible* cuando el mismo se debe a la imprudencia del autor, entendida esta última a modo de *infracción de un deber objetivo y subjetivo de cuidado*.

A partir de la determinación de la ubicación del dolo en la conducta-típica podemos pasar a establecer el concepto de dolo y analizar sus diferentes clases.” Díaz Aranda, Enrique, *Op. cit., Teoría del Delito...*, pp. 152-154.

³⁶⁵ Luzón Peña, *Op. cit., Curso de Derecho Penal...*, pp. 444-445.

La consecuencia del error de tipo vencible, que literalmente ha de ser apreciado *atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor*, es que *la infracción sea castigada, en su caso, como imprudente*.

La referencia legal precitada de *en su caso* tiene unos claros efectos restrictivos, cuales son los de que sólo se podrá penar por error de tipo vencible en aquellos supuestos delictivos en los que el código prevea expresamente la comisión a título de imprudencia, pero no en los restantes.^{366- 367}

3.5. Las consecuencias jurídicas del error de tipo.

A lo largo del presente capítulo hemos abordado los efectos jurídicos que ocurren cuando un sujeto actualiza alguna de las hipótesis del error de tipo, como corolario Luzón Peña hace el siguiente análisis:

³⁶⁶ Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 377.

³⁶⁷ Este mismo autor señala como ejemplo: "Tales delitos, en los que expresamente se prevé en el Código [peñal español] la comisión imprudente, y que por tanto son susceptibles de penarse a tenor de error de tipo vencible, son:

- a) Homicidio.
- b) Aborto.
- c) Lesiones.
- d) Lesiones al feto.
- e) Alteración del genotipo humano.
- f) Sustitución de un niño por otro.
- g) Daños.
- h) Blanqueo de capitales.
- i) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- j) Delitos ambientales.
- k) Delitos relativos a la energía nuclear.
- l) Estragos.
- m) Incendios.
- n) Elaboración y despacho de productos y sustancias nocivas para la salud.
- ñ) Falsedades documentales cometidas por funcionario público.
- o) Prevaricación judicial.
- p) Prevaricación de abogado o procurador.
- q) Delitos contra la libertad individual cometidos por funcionario público.
- r) Descubrimiento de secretos relativos a la defensa nacional." *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, pp. 377 - 378.

El error sobre un elemento del tipo afecta siempre al injusto típico, y no a la culpabilidad como entendía la doctrina tradicional. Si es error objetivamente vencible, da lugar a un grado de desvalor de acción –la imprudencia– menor que el del dolo y que incluso en ocasiones produce la atipicidad penal de la conducta (cuando no es punible la comisión culposa). Y si es un error de tipo objetivamente invencible, al tratarse de un supuesto específico de caso fortuito y no haber dolo ni imprudencia alguna en la actuación, que se ha llevado a cabo con la diligencia objetivamente debida, no sólo desaparece la parte subjetiva del tipo penal, sino que no hay ningún desvalor de tal acción, que por tanto, aunque haya desvalor del resultado (o, en los delitos de mera conducta, desvalor objetivo del hecho o de la situación), no es antijurídica. Se trata pues de una *causa de justificación de la acción* (aunque no del resultado), mientras que la doctrina tradicional concebía este error invencible como mera *causa de inculpabilidad* por considerar el dolo y la imprudencia o su ausencia como cuestiones de culpabilidad (y lo llamativo es que incluso dentro de la doctrina moderna que ubica dolo e imprudencia en el tipo de injusto, sien embargo es frecuente que por inercia se siga considerando el error de tipo –objetivamente– invencible como causa de exculpación).³⁶⁸

Lo que acontece en la legislación mexicana, como lo señalamos líneas arriba, cuando se realiza el análisis del dolo en la etapa de análisis de la probable responsabilidad. El mismo autor señala:

Siendo una causa de justificación, el error objetivamente invencible excluye también la responsabilidad civil por delito y, aunque la conducta ponga en peligro bienes jurídicos ajenos, no constituye una agresión ilegítima (eso incluso para quienes rechacen que por no ser dolosa ya no es <agresión>), por lo que frente a ella no cabe legítima defensa, sino sólo la más limitada reacción del estado de necesidad defensivo [...] Ahora bien, al estar justificada sólo la acción, que es jurídicamente irreprochable, pero no excluirse el desvalor del resultado, cabe perfectamente considerar autor mediato (a través de un instrumento que obra

³⁶⁸ Luzón Peña, *Op. cit.*, *Curso de Derecho Penal...*, pp. 446 -447.

lícitamente, el que actúa en error invencible) a quien dolosamente, y por tanto con desvalor de acción, provoca o utiliza el error objetivamente invencible del agente y de ese modo determinar la producción de un desvalor del resultado.

Si el error de tipo es objetivamente vencible, pero subjetivamente invencible, no hay culpabilidad ni responsabilidad penal por la imprudencia cometida, pero como hay un hecho antijurídico, el sujeto responde civilmente. En cambio, pese a ser una acción antijurídica, al no ser dolosa no constituye agresión, por lo que frente a ella no cabe legítima defensa, pero sí estado de necesidad defensivo. También cabe autoría mediata de quien provoca o utiliza dicho error del agente.³⁶⁹⁻³⁷⁰

Esto último es relativo, pues quien ha demostrado la exclusión de responsabilidad penal, pocas veces, en México, es condenado por la responsabilidad civil aludida. Esto trae aparejada la reparación del daño y la teoría de la previsión como parte de la responsabilidad civil que deriva, regularmente de la responsabilidad penal.

³⁶⁹ *Idem.*

³⁷⁰ Frisch señala: "Resuelta se encuentra la polémica acerca de si es también irrelevante el error inevitable sobre el carácter prohibido del hecho, como había supuesto hasta el final el *Reichsgericht* pese a la severa crítica de la doctrina. En su fundamental decisión del año 1952 el *BGH* abandonó la posición del *Reichsgericht*, se pronunció en favor de la teoría de la culpabilidad y aclaró el efecto excluyente de la culpabilidad del error inculpaible de prohibición; un principio que entretanto ha quedado legalmente establecido en el § 17, párrafo 2º, StGB. Dado que con este punto de vista también se había privado de base a la distinción entre errores irrelevantes del Derecho penal y errores relevantes de Derecho extrapenal, el *BGH* rechazó al mismo tiempo esta distinción del *Reichsgericht* como fórmula para la delimitación de los errores relevantes e irrelevantes; en decisiones posteriores el *BGH* se manifestó —al menos verbalmente— a favor de la fórmula (que venía a garantizarla presencia del dolo) de la 'valoración paralela del autor en la esfera del profano', opuesta ya anteriormente por la doctrina al *Reichsgericht*, con lo que pareció quedar eliminado otro frente de discusión. Otros aspectos discutidos de la doctrina del error han perdido importancia desde la entrada en vigor de regulaciones legales especiales para el error. Por la regulación del § 17, párrafo 2º, StGB —que viene a codificar la sentencia del Gran Senado del *BGH* del año 1952—, el legislador ha decidido la polémica entre las teorías de dolo y de la culpabilidad, respecto del tratamiento del error culpable de prohibición, a favor de la teoría de la culpabilidad, esto es, a favor del castigo —unido ciertamente a la posibilidad de una atenuación— por delito doloso. Y la discusión relativa al significado de la suposición errónea de una circunstancia de exculpación fue igualmente resuelta por el § 35, párrafo 2º, StGB en el sentido de la teoría de la culpabilidad, es decir, en el sentido de la punición por un delito doloso en caso de error culpable y de la exclusión de la pena (del dolo) tan sólo si el error fuera inculpaible." (*Op. cit., El error en el Derecho Penal*,..., p. 32).

Hemos observado la relevancia del pensamiento alemán en la dogmática penal, en la que, las cuestiones que apenas estamos discutiendo en torno al error, en Alemania se consideran *resueltas*.³⁷¹ Frisch, establece:

Los giros que, como se ha indicado, ha dado la jurisprudencia, y la regulación legal de determinadas constelaciones de error pueden provocar a primera vista impresión de que la problemática del error se habría vuelto más sencilla de lo que lo era anteriormente. En realidad esto resulta dudoso ya por el hecho de que el peso específico de las 'cuestiones resueltas' debería ser sobrestimado, pues frecuentemente *la polémica no ha hecho más que desplazarse a otros planos*. Así es cierto que con el pronunciamiento legal del § 17, párrafo 2º, StGB a favor de a teoría de la culpabilidad y con la regulación del error sobre circunstancias de exculpación viene firmemente establecido el criterio para una praxis jurídica que quiera mantener su vinculación a la ley, pero la polémica prosigue, al menos en parte, en la medida en que se discuta simplemente la adecuación del precepto legal. [...] ³⁷²

Así, los problemas relativos al error en materia penal, aparecen desde su denominación (de los errores de hecho y de derecho a los de tipo y de prohibición) hasta su ubicación sistemática así como en la vencibilidad del mismo. El principio *ex ante* nos permite retrotraernos al momento previo la hecho en estudio. Con esta perspectiva se puede valorar la vencibilidad del error.³⁷³ Wolfgang Frisch dice:

³⁷¹ Cfr. Frisch, *et al*, *Op. cit.*, *El error en el Derecho Penal...*, p. 32. Dicho autor señala: "Por lo pronto, la imagen que actualmente ofrece la doctrina del error en Alemania se caracteriza fundamentalmente por el hecho de que algunas de las *cuestiones* anteriormente debatidas por la doctrina y la jurisprudencia están *hoy resueltas* o han perdido una parte de su importancia."

³⁷² Frisch, *et al*, *Op. cit.*, *El error en el Derecho Penal...*, p. 33.

³⁷³ Frisch, establece: "Después de la visión longitudinal efectuada a través de la historia, quien se quiera procurar una segunda impresión de conjunto en esta espesura de los frentes de discusión que se están sopesando, no tendrá más remedio que considerar una vez más, en una visión transversal, las constelaciones imagiablés de error y su tratamiento. Al hacerlo es recomendable comenzar por lo que es, hasta cierto punto, objeto de acuerdo y aplicarse después a las cuestiones controvertidas para separar, dentro de ellas, lo que ya ha sido aclarado de lo que aún es discutido.[...]"

También en esta cuestión práctica existe hoy un amplio consenso. La suposición errónea de que una conducta estaría disculpada por el ordenamiento jurídico es completamente irrelevante y no tiene influencia la culpabilidad, pues sólo el ordenamiento jurídico determina qué circunstancias tienen un efecto exculpante o contienen una culpabilidad disminuida y la culpabilidad no se ve modificada por el hecho de que se la valore de un modo diferente de como el ordenamiento lo hace. La suposición errónea de los presupuestos de una causa de exculpación ha sido regulada sin embargo expresamente por el legislador en el § 35, párrafo 2º, StGB, para el caso del estado de necesidad, permitiendo aquí la ley y la punición por un delito doloso (aunque la posibilidad de atenuación) si el error era evitable; en el caso de inevitabilidad del error, la punición queda excluida. Desde el punto de vista del Derecho positivo has de darse pues concluida la polémica anterior acerca del tratamiento más correcto del error que recae en el ámbito de las causas de exculpación, en la que algunos habían defendido la general exclusión de la culpabilidad dolosa y la punición, bajo ciertas, por un delito imprudente, mientras que otros sostenían una punibilidad por delito doloso si el error era evitable. Sin embargo, no hay que pasar por lato que la solución del legislador no ha conseguido la aprobación de todos. Desde algún sector se la ha tachado de defectuosa y propugna, al igual que anteriormente, la exclusión de la

El más amplio consenso es divisible lógicamente en referencia a la valoración de aquellos errores que no fueron afectados temáticamente por el indicado desplazamiento del dolo; y que no le fueron porque las circunstancias objetivas del hecho sobre las que versa el error nunca fueron reivindicadas como relevantes para el injusto, ni siquiera por la concepción que a él desplaza el dolo típico. Constituyen ejemplos paradigmáticos de ello los llamados *elementos de la culpabilidad objetivamente formulados* o los *presupuestos*, también objetivamente formulados, de las *causas de exculpación*. Aquí se incluyen, por ejemplo, la suposición errónea o el desconocimiento del carácter extramatrimonial del hijo en el § 217 StGB o la errónea suposición de los presupuestos de una situación de necesidad que sólo conduciría, incluso en el caso de concurrir efectivamente, a la exculpación del autor, según el § 35, párrafo 1º, inciso 1º, StGB.

Que los errores que recaigan en este ámbito no afectan *sistemáticamente* al injusto —y, por cierto, ni en el sentido de una exclusión ni en el de una atenuación— nunca ha sido discutido, ni siquiera por las concepciones que reconocen la relevancia para el injusto de ciertas formas de error. Ello sería en verdad insostenible, pues si ya la existencia de las circunstancias correspondientes deja intacto el injusto (doloso) —y esto aun incluyendo los elementos subjetivos exigidos para la exculpación o la atenuación de la culpabilidad—, su errónea suposición no puede de repente alcanzar relevancia para el injusto. Como las circunstancias correspondientes están fuera del injusto, su suposición errónea puede influir como mucho en la culpabilidad del autor, conduciendo a una exclusión o (en el caso del § 217 StGB) atenuación de la culpabilidad (pudiendo hacer irrelevante el desconocimiento de las mismas su objetiva concurrencia). Esto rige, con mucha mayor razón, cuando el error no afecta siquiera a circunstancias exculpantes, sino que recae en el ámbito de la propia valoración (suposición de que se estaría disculpado por el ordenamiento jurídico en determinadas situaciones). *Op. cit., El error en el Derecho Penal...*, p. 35.

culpabilidad dolosa, porque en el momento de la acción la situación del autor que yerra no sería diferente de la que tendría lugar en el caso de ser correcta su suposición; la culpabilidad con respecto a la comprobación de la situación de hecho fundamentaría como mucho una imprudencia. Estas consideraciones tienen más peso que el que actualmente se les concede. Tampoco se puede pasar por lato que la regulación del § 35, párrafo 2º, StGB, se encuentra en una cierta tensión con el tratamiento de las llamadas causas objetivas de atenuación de la culpabilidad, pues en éstas ya la errónea suposición del elemento o circunstancia privilegiante excluye sin más la culpabilidad a título de dolo del delito más grave y no se piensa en hacer dependiente esta exclusión de la culpabilidad del error.³⁷⁴

Este particular será abordado en el siguiente capítulo, con lo que queda establecida la ubicación sistemática de estas excluyentes de delito y esta posición en la que destacamos que el error y una teoría sobre el mismo corren en torno a sus dos grandes especies: de tipo y de prohibición.

3.6. Tesis sobre el error de tipo y la inducción de los órganos gubernamentales al error.

En lo particular consideramos que los órganos gubernamentales pueden contribuir de manera negativa a que un sujeto se ubique en una hipótesis normativa penal, de modo tal que lo induzcan al error.

³⁷⁴ Frisch, *et al*, *Op. cit.*, *El error en el Derecho Penal...*, p. 37.

3.6.1. Por vía de la ley. Su multiplicidad.

Resulta casi imposible que el sujeto conozca los elementos constitutivos del tipo tomando en cuenta, la variedad de tipos existentes en tantas legislaciones como entidades federativas hay en México y en las que hemos visto, no todas contemplan el tratamiento del error de la misma forma ni con las mismas sanciones, así como la inexistencia de tipos penales entre una entidad y otra, lo que recalca la idea del Dr. Franco Guzmán respecto a la unificación de la ley penal la cual se ve reflejada en el tema que ahora tocamos. Por ejemplo, Ya sea en mayor o menor grado³⁷⁵, los delitos informáticos están establecidos en los Códigos penales de Aguascalientes, Baja California, Chiapas, Colima, Distrito Federal, Morelos, Oaxaca, Puebla, Sinaloa, Querétaro, Tabasco, Tamaulipas, Zacatecas y en el federal. Asimismo existen códigos penales estatales donde no se hace referencia alguna; éstos son los de Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala, Veracruz Llave y Yucatán.

³⁷⁵ Entendiéndose esto si la legislación establece los delitos informáticos, o bien sólo enuncia algún medio electrónico relacionado con los mismos.

3.6.2. Por vías de hecho.

De manera fáctica un órgano de gobierno puede inducir al error aun sujeto, por ejemplo ya sea mediante una señalización equívoca, o con la falta de señalización sobre una vía en la que inclusive guardando toda clase de precauciones el sujeto sea el destinatario de esa falsa concepción de la realidad. Hace algunos meses hubo el caso de un autobús que se fue a un barranco en una carretera del estado de Veracruz. En dicho accidente concurrió el hecho que el conductor de aquel desventurado camión equivocó la rampa de emergencia debido a que la misma tenía una rampa similar justo a un lado (una rampa llevaba a la trampa de arena que hubiera detenido el camión, la otra iba directo al barranco). ¿Cómo saber cuál era la correcta? Sólo hasta llegar al final de la rampa lado el conductor se daría cuenta de su acierto o su error. Unos cuantos segundos bastarían para que más de sesenta vidas se perdieran en dicho accidente.³⁷⁶

En dicho caso, el conductor no utilizaba la rampa como simulacro de accidente, luego, no podía someter su conducta a un error y al mismo tiempo tenía que elegir en una fracción de segundos cuál rampa debía tomar.

³⁷⁶ La agencia de noticias Efe reportó el 17 de abril de 2006 Estado en el que quedó el autobús accidentado

Al menos 63 personas murieron el lunes en Veracruz, en el este de México, en un accidente de tráfico ocurrido al precipitarse por un desfiladero un autobús de pasajeros, informó la Policía Federal Preventiva (PFP).

Hay, además, tres heridos graves.

Más de un millar de personas han muerto desde 2005 en países de todo el mundo en accidentes relacionados con autobuses, como el ocurrido hoy en México, donde se registraron al menos 63 víctimas mortales.

Daniel Popoca, portavoz de la dependencia, dijo que en el vehículo, donde iban unas setenta personas, sufrió una 'salida del camino por falla mecánica' que lo precipitó al desfiladero.

La misma fuente precisó que el siniestro ocurrió antes de las 10.00 hora local (15.00 GMT) a la altura de las comunidades de La Estancia y Balasterra, en el kilómetro 235 de la autopista Puebla-Orizaba, en una zona muy sinuosa.

Bajo ese esquema consideramos que, bajo el principio *ex ante*, si la rampa correcta hubiese estado debidamente señalizada y la rampa que conducía al barranco hubiera tenido la advertencia de que no se trataba de una rampa de emergencia, podríamos entonces juzgar con claridad si aconteció un error en el sujeto o no.

Caso.- Un jefe policiaco recibe información vía radio del encargado de atender una turbamulta que está a punto de linchar a tres personas quienes, aparentemente, eran secuestradores de niños. Sin otro canal de comunicación (que pudiera hacer vencible la veracidad de la información ministrada por el referido encargado). El encargado le informa que la población ha aceptado poner a disposición de las autoridades. En realidad ya existe un muerto. La confusión en la comunicación entre autoridades impide la actuación correcta de las distintas policías. Al final, sólo un sujeto salva la vida no sin quedar severamente herido. Más allá de buscar la responsabilidad de los jefes policiacos por su falta de pericia para enfrentar el problema, así como las omisiones de auxilio para los sujetos que no eran secuestradores sino policías encubiertos, debió analizarse el tipo de información que era suministrada desde el lugar de los hechos, pues una imputación en contra de los jefes policiacos en esos términos era insostenible, más aun cuando además se pretendió agregar a esas imputaciones el homicidio de las víctimas.

Resulta claro que la calidad y la oportunidad de la información que llegaba por radio inducía más al error en la persona que debía tomar decisiones. El inductor era parte de ese órgano del estado encargado de garantizar la seguridad de las personas, lo que en los hechos pone de manifiesto su actuar contradictorio y al final, impune.

Asimismo, es necesario señalar que dentro de la turbamulta hay inductores que mantienen a la población con la idea de que se trata de "criminales" y por ende motivan al grupo social al linchamiento y más tarde a la quema de los sujetos, aún vivos. Esa es una manifestación de la inducción de particulares al error para llevar a cabo el delito de homicidio.³⁷⁷

³⁷⁷ ¿podrán decir los homicidas que creían justificada su actuación? Eso es materia del siguiente capítulo.

Capítulo IV

Error de Prohibición

4.1. El error de prohibición.

Sumario.

4.1. El error de prohibición. 4.2. Las formas del error de prohibición. 4.2.1. Clasificación de las formas del error. 4.2.1.1. El error de prohibición eventual. 4.2.1.2. Error de prohibición directo. 4.2.1.3. Error de prohibición indirecto. 4.2.2. El error sobre circunstancias objetivas presupuesto de una causa de justificación (las llamadas eximentes putativas). 4.2.2.1. "La defensa putativa" y el caso Goetz. 4.2.3. Creencia errónea, creencia diferente y creencia discrepante. 4.3. La evitabilidad del error de prohibición. 4.4. Las consecuencias jurídicas del error sobre la prohibición. 4.5. Naturaleza del hecho a pesar del error sobre la antijudicialidad. 4.6. Las normas actuales en materia de error. 4.6.1. El problema de la codificación penal en México. 4.6.2. El error según los tribunales españoles y nuestros máximos tribunales. 4.6.2.1. España. 4.6.2.2. Jurisprudencia. 4.6.2.2.1. Concepto de error. 4.6.2.2.2. Apreciación judicial. 4.6.2.2.3. Prueba del error. 4.6.2.2.4. Error de prohibición. 4.6.2.2.4.1. Clases. 4.6.2.3. México. 4.7. Hacia una teoría del error en materia penal en el Derecho mexicano. 4.7.1 los problemas del foro. 4.7.1.1. Tesis sobre el error de prohibición y la inducción de los órganos gubernamentales al error: por la multiplicidad de ordenamientos y la falta de difusión de los mismos.

"Donde hay error, que yo lleve la Verdad..."

San Francisco de Asís.

(Oración simple)

"Quien desconoce el mundo externo, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa. Quien desconoce el sistema de normas estatales, fracasa en el intento de hacer su camino sin crearse problemas. Quien conoce la realidad externa, pero no quiere reconocer sus reglas, fracasa conscientemente."

Günther Jakobs.

(*Moderna Dogmática Penal*)

Del error de prohibición parten distintas formas de yerros: desde la ignorancia de la ley (ignorancia respecto a la prohibición) hasta la creencia errónea en la que se considera justificada una conducta. Bajo estas especies se encuentran otras muy interesantes como la creencia discrepante en la que a pesar del reconocimiento de una ley prohibitiva, la creencia de que esta ley resulta injusta o contraria a los valores practicados (políticos o religiosos, por ejemplo) da

lugar a que el sujeto se ubique en la hipótesis normativa y por lo tanto esté pendiente de ser sancionado conforme a la misma.

Pero esta especie de error no existía en legislación penal hace más de veinticinco años, por lo que su evolución todavía es materia de discusión tanto en la doctrina como en el foro.³⁷⁸

³⁷⁸ Con su vasta experiencia como abogado penalista, el doctor Franco Guzmán recoge algunos apuntamientos de una defensa y señala: "Después de la reforma de 1984, que derogó las presunciones de intencionalidad del artículo 9 del Código Penal, en especial las fracciones III y IV que consagran el error de derecho y, en cierto modo el principio de que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento, ya no puede afirmarse que en el Código Penal Federal se recoja el principio enunciado.

Al respecto debemos recordar lo que expresó Porte Petit al comentar la reforma de 1984, en el sentido de que al suprimirse las fracciones III y IV del artículo 9 del Código Penal, se consideró necesaria la inclusión del error de derecho, que la moderna doctrina denomina con mayor propiedad error de prohibición. Veamos lo que dice el ilustre autor:

"Otra reforma es la relativa a la inclusión del *error de derecho*, hoy llamado error de prohibición, que anteriormente en las fracciones III y IV del artículo 9 del Código Penal, disponía que la presunción de que un delito es intencional, no se destruirá aunque el acusado pruebe que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla, o que creía que era legítimo el fin que se propuso.

La iniciativa de reforma consideró entre otras razones, la de que 'en la especie, no se trata de modo alguno de abrir la puerta a indebidas impunidades, sino de facultar al juzgador para que, conociendo la personalidad del sujeto y las circunstancias en que éste se ha desarrollado y ha incurrido en la conducta ilícita puede imponer una pena atenuada o, inclusive, aplicar directamente el sustitutivo de tratamiento en libertad, propiciándose de esta suerte, un trato diferente para quienes son, en realidad, desiguales y se acentúa el carácter también social, y por ello, equitativo del derecho penal', diciéndose en la reforma (artículo 59 bis), que 'cuando el hecho se realice por error o por ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso'.

Creemos sinceramente que la solución dada al problema del *error de derecho*, restringiendo el apotegma '*ignorancia iuris non excusat*' es valiente y representa una valiosa aportación a la legislación penal mexicana, con resultados benéficos para el individuo.

Por otra parte, es de una gran significación que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siendo ponente el Dr. Pavón Vasconcelos, haya resuelto que 'sea que se estime la conciencia de la ilicitud del hecho como un elemento del dolo o bien de la culpabilidad, lo cierto es que el invencible *error de prohibición* impide reprochar al autor su conducta típica y antijurídica. Dice así la importante ejecutoria: 'en el caso de *error de tipo* o en el de prohibición, su carácter eximente requiere que sea invencible o insuperable, pues de lo contrario, dejaría insubsistente la culpa cuando esta forma de culpabilidad pudiera darse en la específica figura delictiva de que se trate. Uno u otro de los errores mencionados, impide al agente conocer que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, ya porque el mismo recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para que el tipo se integre o bien, porque cae sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el *error de prohibición* el sujeto ignora la existencia de la norma o cree no quedar comprendido en ella, calificando subjetivamente como lícito su actuar no obstante su proceder antijurídico', y termina la ejecutoria diciendo: 'en la hipótesis del *error de prohibición*, sea que se estime la conciencia de la ilicitud del hecho como un elemento del dolo, o bien de la culpabilidad, según opina un amplio sector de la doctrina actual, lo cierto es, que el invencible *error en cuestión*, impide reprochar al autor su conducta típica y antijurídica'.

El código de Guanajuato en su artículo 44 reglamenta el error de tipo y de licitud, al establecer que 'no obra con dolo quien al realizar el hecho legalmente descrito', y que 'las mismas reglas se

Como lo externamos desde el segundo capítulo, el error de prohibición trae consigo el desconocimiento del sujeto sobre la antijuridicidad de un acto, o bien la falsa creencia de que el acto realizado está justificado, por lo que tiene su fundamento en el conocimiento de la antijuridicidad.³⁷⁹⁻³⁸⁰ Francisco Pavón Vasconcelos define al error de prohibición como:

aplicarán a quien suponga erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían la hecho realizado’.

Como es lógico, al derogarse el artículo 9 del Código Penal, que consagraba la presunción *iusuris tantum* de intencionalidad o la presunción de dolo, así como la presunción *iusuris et de iure* en el caso de ignorancia o de error de derecho, se crearon el error de tipo y el error de prohibición, a través de la fracción XI del artículo 15 del Código Penal.” Franco Guzmán, Ricardo “Un caso de error de prohibición”, en Raúl Cervantes Ahumada, cincuenta años de docencia universitaria, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, pp. 511 - 520.

³⁷⁹ Couso Salas escribe: “Lo primero que interesa destacar, y que me parece fundamental desde el punto de vista garantista del principio de necesidad de pena, es que con el conocimiento de la ‘antijuridicidad penal’ se hace referencia aquí a la necesidad de conocer (ya aclaré de qué forma de conocimiento se trata) la amenaza penal. No asume la pena quien cree simplemente realizar un hecho antijurídico, en un ordenamiento jurídico que funciona sobre la base del principio de intervención penal mínima y del carácter fragmentario del Derecho Penal.

Pero además, el individuo que no conoce la amenaza de pena, no sólo la norma primaria (la que prescribe no cometer el hecho injusto típico) debe ser conocida por el autor, sino también la norma secundaria (que dispone que la infracción de la norma primaria se sancione con una pena), en cuanto de ella emana la dimensión de intimidación penal.

En esta materia puede servir de ayuda tener presente una distinción propia de la filosofía del lenguaje. [...]

Esta misma razón es un argumento adicional a favor de la exigencia de conocimiento de la antijuridicidad penal (de la prohibición bajo amenaza de pena), y no de la mera antijuridicidad de la conducta. Pues sí, cada vez que el individuo sabe cree o podría saber que comete un hecho antijurídico (aún creyendo que no es delito penal), debe hacerse responsable de una posible privación de la libertad, su espacio de libertad real se restringe en forma insostenible. El carácter fragmentario del Derecho penal debe ser aprovechable por la libertad del individuo que no quiere verse sometido a penas, aún a costa de la comisión de ilícitos civiles o administrativos. Lo contrario es pretender aprovechar el potencial intimidatorio de las penas para obtener el cumplimiento forzado de todos y cada uno de los ilícitos del ordenamiento jurídico tiene sus propios instrumentos, muchos menos toscos, para buscar sus propios fines preventivos o reparatorios; al Derecho civil por ejemplo, no tiene por qué interesarle, ni puede legítimamente pretender, un refuerzo preventivo ofrecido por el Derecho penal, sino que debe conformarse con sus instrumentos reparatorios o ejecutivos. A su vez no puede pretender el Derecho administrativo sancionatorio, por ejemplo, para prevenir que los automovilistas aparquen sus coches en lugares prohibidos, que ellos temen exponerse a una pena de prisión. Si se exige sólo el conocimiento de la antijuridicidad en el ámbito de la culpabilidad jurídico-penal, se está logrando tal vez este refuerzo, basado en que los particulares temen, cada vez que sospechan estar haciendo algo no permitido por el Derecho, que puedan llegar a la cárcel. Con ello la *imprudencia iuris* (el error de prohibición vencible) tal vez disminuye en todo el ámbito de la ilicitud, pues al menos el individuo temeroso de la cárcel, junto con cerciorarse de que el hecho no es delito se entera con seguridad de que sí es ilícito administrativo (si antes tenía sólo la sospecha o la duda). Con ello se consigue una sociedad más disciplinada y temerosa frente al ilícito en general. Pero a costa del principio de culpabilidad y con el de la libertad del ciudadano que confía en que el Derecho penal no lo aguarda detrás de cada esquina, sino sólo en un aislado ‘archipiélago de punibilidad dentro del mar de la ilicitud’. Si, en cambio, con esta confianza es posible que cometa más ilícitos no penales, es algo que están en condiciones de enfrentar los ordenamientos jurídicos civil y sancionatorio-administrativo con sus propios instrumentos preventivos y reparatorios, y que al Derecho penal debe tener sin cuidado. Y si con ello, además, es necesario arriesgarse a una mayor cantidad de

Causa eliminadora de la culpabilidad de la conducta típica, a virtud de que el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente. Si bien tradicionalmente se ha venido considerando que la ignorancia de la ley a nadie beneficia, o bien que a nadie excusa la ignorancia de la ley, principio que se apoya en la presunción legal del conocimiento del Derecho, modernamente se acepta, en casos de excepción, que el desconocimiento de la norma de derecho, tiene, bajo ciertas circunstancias, poder excusante. Como el destacado jurista Don Luis Jiménez de Asúa proclama, si en el caso particular está ausente el elemento intelectual del dolo, cual es la conciencia de la descripción típica y del deber de respecto a la norma, por no tenerse el conocimiento de los hechos y de su significación, el error de prohibición, establecido el límite de su funcionamiento, es una causa de inculpabilidad.

Como bien expresa H. H. Jescheck, el error de prohibición directo, al que nos venimos refiriendo, es el que recae 'sobre la antijuridicidad del hecho'. En el supuesto de error de prohibición directo, expresa el citado autor, puede ocurrir que el agente no conozca la norma punitiva que se refiere directamente al hecho y considere por ello lícita la acción; esto error puede originarse en el desconocimiento de la norma prohibitiva o bien, conociéndola, porque considere que no está vigente, o su interpretación de la misma es equivocada, considerando que no resulta aplicable en la especie. También estima, como error de prohibición directo 'el que versa sobre un elemento de valoración global del hecho, en la medida en que no se halle en juego el supuesto de hecho, sino el juicio de valor referido a él'.

Entre nuestros penalistas, se ha ocupado de esta cuestión Sergio Vela Treviño, para quien la esencia de error de prohibición 'se encuentra en la

casos de error de prohibición, es algo que no debe llevar a renunciar a exigir el conocimiento de la antijuridicidad penal, sino a promover un Derecho penal sobrio, realmente fragmentario, claro y fácilmente comprensible." *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad, Historia, Teoría y Metodología*, Tirant lo Blanch, [col. Tirant Monografías, 398], Valencia, 2006, p. 509.

³⁴⁹ También en la literatura se encuentran ejemplos relativos al error de prohibición, como en la Comedia de los errores de Shakespeare (Historia de equívocos, bechicería y conjuros, *La Comedia de los Errores* comienza cuando el anciano Egeón, mercader de Siracusa, desembarca en Éfeso.

Las leyes prohíben que cualquier siracusano se presente allí, y él las infringe porque busca a su hijo extraviado, Antífolo de Siracusa, y al criado de éste, Dromio de Siracusa —gemelo de Antífolo de Éfeso y Dromio de Éfeso—, perdidos años atrás en un naufragio).

significación de los hechos, o dicho en diferentes palabras, el falso concepto acerca de la juridicidad de la conducta típica conforme a una valoración realizada por el autor de la conducta. Esta falsa apreciación es la que motiva que en el ánimo del agente exista una situación de error ya que, siendo la conducta realizada formalmente antijurídica, el sujeto cree por error que su conducta es jurídica, ignorando que en la realidad de los hechos no existe causa suficiente para la eliminación del indicio de antijuridicidad que lleva consigo toda conducta típica [...]. En síntesis, podemos afirmar que en determinados casos el individuo tiene la facultad especial para la valoración de los hechos, en cuanto a su contenido y significación en orden en la antijuridicidad, y cuando teniendo esa facultad incurre en un error respecto de la naturaleza y alcance de la prohibición contenida en la norma, puede dar motivo a que aparezca una causa de inculpabilidad de la conducta típica y antijurídica que haya realizado motivado por esa falsa valoración. Esto es lo que origina la nota característica del llamado error de prohibición, que puede resumirse como la falsa concepción de la vinculación entre el hecho y una norma, ya que creyendo el sujeto errado que su actuación está inmersa en una causa que hace desaparecer la antijuridicidad de la conducta típica, por el amparo de una norma o de su contenido, en realidad la situación es que existe una divergencia entre la norma erróneamente supuesta y los hechos que se presentaron' [...]

La doctrina en general admite que el error de prohibición puede ser vencible o invencible (superable o insuperable), siendo excusable sólo el segundo, ya que 'quien no se encuentra en situación de advertir lo injusto del hecho no demuestra ninguna actitud censurable hacia el Derecho cuando lo vulnera. El error de prohibición invencible debe, así, disculpar siempre [...] Por el contrario, en el error de prohibición vencible se suscita la cuestión de en qué medida y con qué fundamento puede formularse un reproche de culpabilidad'.³⁶¹

³⁶¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª ed., Porrúa, México, 1999.

Sobre este último comentario, hemos establecido que no hay argumento suficiente que pueda determinar una sanción diferenciada entre el error vencible de tipo y el error vencible de prohibición, puesto que, finalmente, en ambas hipótesis el autor no domina el hecho que se le imputa y en tal caso, obra de manera negligente. Blanco Lozano, señala que hay error de prohibición cuando: "el autor yerra en la consideración de la antijuricidad de la conducta típica, al suponer que la misma se halla amparada por el derecho, esto es, al creer que está actuando jurídicamente, conforme a Derecho."³⁸² Daza Gómez opta por establecer puntos de partida para el estudio del error de prohibición y sobre esto escribe: "Para estudiar el error de prohibición debemos de partir de los mismos fundamentos del error de tipo, es decir, el conocimiento de la antijuricidad no pertenece al dolo sino que es precisamente el motivo por el cual se reprocha el dolo al agente.

El dolo es un elemento del tipo (subjeto) y el conocimiento de la antijuricidad pertenece a la culpabilidad."³⁸³ Una vez establecido lo anterior podemos citar a Claus Roxin quien define:

Un error de prohibición se presenta cuando, en el momento de cometer el hecho, al autor le falta la comprensión de cometer un injusto

³⁸² Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado...*, p. 382.

Este mismo autor señala: "El fundamento de la previsión legal del error de prohibición en Derecho penal, el cual tiene efectos excluyentes o bien atenuantes de la responsabilidad criminal (según la invencibilidad o vencibilidad del mismo), se basa en criterios de culpabilidad.

En efecto, la culpabilidad, como vimos en su momento, se fundamenta en un juicio de reproche al autor del hecho por su actuar antijurídico, juicio desvalorativo que, en última instancia, se basa en el desprecio al Derecho que muestra el agente con su conducta.

Ahora bien, cuando el agente cree estar obrando lícitamente, esto es, jurídicamente, conforme a Derecho, el Derecho penal no le puede reprochar ningún desprecio a la norma.

De ahí que, si el error de prohibición es *invencible*, la responsabilidad penal se ve completamente excluida, mientras que si es *vencible*, la misma se verá al menos atenuada conforme al parámetro legalmente definido.

Y es que, como vino a reconocer a este respecto la relevante Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 18 de marzo de 1952: "La conciencia de la antijuricidad del hecho es un elemento de la culpabilidad". *Op. cit.*, *Tratado...*, p. 382.

³⁸³ Daza Gómez, *Op. cit.*, *Teoría del Delito...*, p. 261.

(como dice el Código penal alemán) o cuando se encuentra en un error 'respecto de la ilicitud de la conducta' (como dice el Código penal mexicano para el Distrito Federal). Con ello debe presuponerse que el autor conozca todas las circunstancias del tipo legal, o sea que no se encuentre en un error de tipo. Ciertamente, el error de tipo lleva también mayormente a un error de prohibición al creer el autor, debido a su error sobre los hechos, actuar de conformidad con el derecho. Pero la regulación sobre el error de tipo que excluye el dolo es más favorable para el autor que la del error de prohibición, la cual por regla general solamente permite una atenuación de la pena del tipo doloso. Por ello la regulación del error de tipo es anterior, de manera que para el error de prohibición solamente quedan aquellos casos en los cuales el autor se equivoca únicamente sobre la permisibilidad o el carácter prohibido de su conducta.

Es objeto del error de prohibición únicamente la antijuricidad de la propia conducta, o sea el atentado contra una prohibición legal (o en caso de delitos de omisión: un mandato legal). Luego, cuando el autor desconoce la prohibición legal, pero considera que su infracción no sería punible sino solamente cuenta con consecuencias civiles o de Derecho público, no se encuentra en un error de prohibición y no obtiene la atenuación de pena prevista para éste. Esto descansa sobre el pensamiento de que ya el sólo conocimiento de lo prohibido o mandato tiene que ser suficiente para mover al ciudadano a comportarse de acuerdo con la ley. Las falsas representaciones sobre las consecuencias jurídicas de una violación legal no son recompensadas.

Por el contrario, la conciencia del injusto está referida al tipo y por ello es 'partible'. Esto quiere decir: cuando el autor atenta simultáneamente contra varias prohibiciones penales puede tener pleno conocimiento de la prohibición respecto a una de ellas, y actuar bajo un error de prohibición invencible respecto de la otra. Supongamos que fuera punible vender en el extranjero objetos de arte azteca. Cuando alguien guarda para otro un objeto de esos y abusa de esta posición para venderlos en el extranjero ha atentado contra dos disposiciones penales: el tipo de

apropiación indebida y también la disposición que prohíbe la venta en el extranjero.³⁸⁴ Entonces, es posible que haya tenido pleno conocimiento de la prohibición respecto de la apropiación indebida, pero que no haya conocido la prohibición de enajenar en el extranjero. Si este error hubiera sido invencible, lo cual depende naturalmente de las circunstancias, solamente podría ser penado por apropiación indebida.^{385_386}

³⁸⁴ Ejemplo que nos remite al caso establecido por el doctor Franco Guzmán. Cfr. "Un caso de error de prohibición", en *Raúl Cervantes Abumada, cincuenta años de docencia universitaria*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, pp. 511 - 520. N. del A.

³⁸⁵ Roxin, *Op. cit.*, *Problemas actuales...* p. 126 - 127.

³⁸⁶ Jaime Couso Salas, explica: "una de las diferencias entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad, en el tratamiento del error de prohibición, se refiere al tipo de conocimiento que se considera necesario respecto de la antijuridicidad.

La teoría del dolo exige conocimiento actual, igual al conocimiento de los elementos del tipo.

La teoría de la culpabilidad se conforma, en cambio, con una 'saber inactual'.

A favor de este 'saber inactual' argumenta Welzel, sosteniendo que, a diferencia del dolo, que exige una percepción o representación afectiva, actual, de las características del tipo en el momento del hecho, este tipo de conciencia la tiene rara vez el autor respecto de la antijuridicidad, particularmente le falta por completo en los hechos pasionales graves y en los instantáneos, por lo que la teoría del dolo no puede poner su tesis seriamente en práctica. El autor 'sabe' normalmente que su hecho es injusto 'así como conoce las reglas de la suma y la resta, y muchas otras cosas, aún cuando no piense en ello actualmente'. Ese saber 'inactual', pero actualizable, si bien no basta para el conocimiento de las características del tipo (el elemento intelectual del dolo), si debe ser suficiente, sostiene Welzel, para el conocimiento de la antijuridicidad.

La diferencia que hay entre percibir sensorialmente un hecho externo (lo que no puede sino ser actual), y saber que un hecho está prohibido (lo que puede ser inactual), no parece discutible. Lo que sí es discutible, en cambio, es que el dolo siempre consista en la percepción de un objeto externo.

La teoría del dolo intenta resolver los problemas político-criminales que conduce, ampliando el propio concepto de 'conocimiento actual'. Para ello cuenta con los propios descubrimientos realizados en relación con el elemento intelectual del dolo respecto de los elementos descriptivos, que pondrían de relieve que también para éstos basta una 'co-conciencia' o 'conciencia marginal concomitante'. Schmidhäuser, por su parte, incorpora una distinción basada en la psicología y la filosofía del lenguaje, entre el conocimiento basado en el pensamiento material, que permitiría afirmar el conocimiento de la antijuridicidad aún en caso de delitos pasionales. Según este autor, aunque el conocimiento se adquiere a través del lenguaje, no siempre se manifiesta a través de él; una vez que hemos aprendido los conceptos a través del lenguaje, no tenemos que recurrir a él para pensar en los objetos o relaciones que el lenguaje nos dio a conocer. Así, el conocimiento de la antijuridicidad puede consistir en sólo en la actualización lingüística de que 'esto está prohibido', sino ya se da en la representación de una posibilidad de acción con el acento valorativo del 'no debo', fruto de un aprendizaje desarrollado desde la niñez. Esa segunda forma de conocimiento de la antijuridicidad, como pensamiento material y no lingüístico, es la que se produce en los casos de delitos pasionales." *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad, Historia, Teoría y Metodología*, Tiranti Blanch, [col. Tiranti Monografías, 398], Valencia, 2006, pp. 509 - 511.

Asimismo Jakobs destaca: "quien no tenía en cuenta la norma a la hora de realizar el hecho, por falta de interés por el Derecho, no entra en consideración como autor doloso. Esta teoría, la así llamada teoría del dolo, es rechazada por el Tribunal Supremo Federal. Al contrario, el Tribunal es partidario de la teoría de la culpabilidad, que se ha desarrollado mientras tanto, según la cual la cognoscibilidad del injusto, en la medida en que se trate de un hecho doloso, es un elemento de la culpabilidad que no afecta al dolo. Las enormes consecuencias de esta teoría son evidentes: los hechos cometidos desconociendo el autor la norma siguen siendo hechos dolosos; en caso de ser inevitable el desconocimiento son hechos dolosos inculpables, pero si éste era evitable, son hechos culpables. Por consiguiente, quien a la hora de cometer el hecho tiene en cuenta la norma porque no le interesa, aunque podría conocerla, sigue siendo autor doloso. Con ello la jurisprudencia tiene la posibilidad de impedir que el argumento del desconocimiento de la norma se convierta en una excusa cómoda, a través de una configuración estricta de los criterios de determinación de la inevitabilidad." Jakobs, Günther, *Op. cit.*, *Moderna...*, p. 78.

La doctora Román Quiroz, siguiendo la definición de Maurach escribe:

El error de prohibición es considerado el reverso del actual conocimiento del injusto y complemento de la potencial conciencia de ésta.

De la fijación del lugar sistemático del conocimiento del injusto, derivan también consecuencias constructivas para su polo opuesto: al error de prohibición.

Esto es, concurre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida. Por ejemplo alguien graba en una cinta magnetofónica, sin que lo sepa su interlocutor, la conversación telefónica que está manteniendo no se le pasa por la cabeza la idea de que eso pueda estar prohibido. O alguien organiza para fines de beneficencia una lotería pública no sospecha que necesita una autorización oficial para ello. O alguien seduce a una muchacha de quince años conoce su edad, pero considera permitido su hecho.

El criterio rector de la delimitación del error de prohibición frente al error de tipo es que el error de prohibición sólo afecta a la valoración jurídica global; el error sobre circunstancias particulares, se base en razones fácticas o jurídicas, es siempre un error de tipo. Hay que distinguir además el error de prohibición del error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación.³⁶⁷

Por su parte el jurista alemán Reinhart Maurach, cuyo pensamiento ha sido seguido por los autores señalados con antelación, explica:

Una cuestión tan fundamental para el derecho penal como el tratamiento del error de prohibición no puede ser respondida sin que antes exista claridad acerca de los valores orientadores que se deben respetar. En tal sentido, se intentará exponer en adelante los principales puntos e referencia para la doctrina del error de prohibición; la concepción de la doctrina del error debe tomar en cuenta estas

³⁶⁷ Román Quiroz, *Op. cit.*, *La culpabilidad...*, p. 205.

referencias desde un punto de vista tópico y de manera, en lo posible, equivalente. Los topoi (lugares) más esenciales para la doctrina del error son las estructuras fácticas preestablecidas (ver 1), el principio de culpabilidad en cuanto directriz de política criminal (ver 2) y las aspiraciones de la dogmática jurídico-penal [...] Semejante fundación de la doctrina jurídico-penal del error, desde su propia problemática objetiva, es considerada por Gössel como necesaria, con el fin de desarrollar a partir de ella la doctrina del error. En el vol. 1 trata la estructura óptica del error, la relevancia de la doctrina de las sanciones según su esencia real y sus fundamentos finales.^{368 369}

³⁶⁸ Maurach, Reinhardt, et al, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Astrea, (Trad. De la 7ª ed., alemana por Jorge Bonfill Genzsch y Enrique Simone Gibson), Buenos Aires, 1994, p. 654.

³⁶⁹ Estos aspectos vistos de manera detallada por el jurista alemán son: "1) *La estructura óptica*: Tal como ocurre respecto de la teoría de la acción (ver § 16, no. 61 y ss.), también en la doctrina del error del error nos hallamos ante la necesidad de fijar las estructuras ópticas con las cuales se debe armonizar el tratamiento de los casos de error en el derecho penal. Mientras que en el caso de la doctrina de la acción existían ya dudas acerca de las ciencias de referencia relevantes, aquí pueden afirmarse de antemano que sólo cabe esperar afirmaciones trascendentes sólo desde la psicología. Si, dicho en términos breves, el error es concebido como un 'contenido de conciencia defectuoso', que no coincide con su objeto en el entorno, ello nos conduce necesariamente al cuestionamiento psicológico de la génesis de los contenidos de conciencia. Al respecto, se pueden distinguir contenidos de conciencia sobre la base de la percepción sensorial, presencia representativa y aprehensión por el pensamiento

Para el tratamiento jurídico-penal se debe partir de la básica experiencia general, en el sentido de que debemos distinguir entre una *percepción defectuosa de hechos* y una *valoración errónea* (de hechos correctamente percibidos). La percepción defectuosa de hechos proporciona una impresión incorrecta de los objetos de nuestro entorno de la que también en la vida cotidiana distinguimos con toda claridad las conclusiones y valoraciones falsas. Si bien en este punto se producen frecuentes superposiciones (así, por ejemplo, son los puntos de vista normativos los que determinan el cuidado debido para la percepción de los hechos), ello no obsta en absoluto a que consideremos a la *falta de conocimiento de los hechos* y la *valoración falsa* como las *dos formas básicas del error*, también aplicables a la construcción de la doctrina jurídico-penal del error. Así, en este sentido, la ley coloca el error acerca de las circunstancias de hecho, conforme al § 16, y el error de prohibición, según el § 17, como los dos modelos básicos para abordar la problemática del error en el derecho penal. A ello corresponde una consecuencia jurídica distinta en cada caso: la exclusión del dolo en el § 16 y al exclusión de la conciencia de la ilicitud, en el caso del § 17.

2) *El punto de referencia de política criminal: el principio de culpabilidad*

Estas dos formas básicas del error de tipo de y de prohibición (y sus diferentes consecuencias jurídicas) deben conciliarse en un sentido de política criminal con el principio de culpabilidad, al que se ha conferido rango constitucional. Si se vincula la doctrina del error con los presupuestos de la imposición y con el objetivo de las sanciones jurídico-penales, se comprueba, conforme a la teoría de la culpabilidad sustentada en el § 7, que es especialmente el principio de culpabilidad el que aparece como decisivo para la teoría del error. Esto se debe a que el principio de culpabilidad, en cuanto barrera frente a las incursiones punitivas del Estado, se afirma inmediatamente en la culpabilidad del hecho y ésta, a su vez, resulta del comportamiento plenamente delictivo del autor. [...]

3) *El aspecto dogmático*

Como punto de partida para abordar el problema desde la perspectiva de la dogmática penal es necesaria la constatación de que ambas formas de error derivables de las estructuras ópticas (error sobre las circunstancias de hecho error de prohibición) corresponden al principio de culpabilidad. Con ello, la propia dogmática jurídico-penal queda en libertad para decidir dentro de cuál de estas dos formas debe clasificarse el error acerca de los presupuestos fácticos de una causal de justificación. [...]

Blanco Lozano establece como premisa para el error de prohibición, lo que ha señalado Kaufmann, al establecer que en lo esencial, para que opere el error de prohibición que el autor *ignora* que su comportamiento contradice las exigencias del Ordenamiento jurídico.³⁹⁰

Para poder considerar lo expresado deben cumplirse dos presupuestos: por un lado debe darse una exacta representación acerca de qué elemento debe asignarse y a qué etapa en la construcción del delito y, por otro lado, debe constatarse que todos los elementos de un grado de la construcción del delito puedan ser sometidos a idéntica *regulación unitaria*. Ninguno de estos dos presupuestos se cumple.

Así, los complejos del consentimiento (en su caso, del acuerdo) y del permiso de la autoridad, muestran muy claramente el escaso grado en que se halla aclarada la ordenación del mismo punto de vista en un determinado estrato de la construcción del delito, y en qué grado ella depende de las casualidades de la redacción legislativa. Además, la existencia de elementos típicos normativos, por un lado, y el desconocimiento de los presupuestos fácticos de las causales de justificación, por el otro, muestran claramente que podemos encontrar evidentes defectos de valoración en el campo fáctico, así como también desconocimiento de hechos en el ámbito de la antijuridicidad.

Esto tampoco puede ser de otro modo, ya que la concepción de la construcción del delito, por un lado, y la de la doctrina del error, por el otro, sirven a puntos de vista funcionales totalmente distintos en el marco del tratamiento global de la responsabilidad penal, de modo que, desde un principio, aparece como poco adecuado el asignar forzosamente ciertas formas singulares de error a determinados grados de la construcción del delito desde la perspectiva dogmática, la doctrina del error puede ser concebida sin una dependencia forzosa de los distintos estratos de construcción del delito, antes de que tal tarea pueda ser abordada debe examinarse en primer término el alcance de las regulaciones contenidas en la propia ley.

B) El alcance de las decisiones legislativas

1) *Reconocimiento y clasificación de la conciencia de la ilicitud*

El legislador amarró, en el § 17, la teoría de culpabilidad a la propia ley; ella no es sólo praxis judicial o posible opinión científica, sino derecho vinculante. Al mismo tiempo, la teoría del dolo recibió una refutación del propio legislador para, en lo sucesivo, pasar a tener una relevancia más bien histórico-jurídica y de política jurídica. También se han despejado algunas dudas constitucionales relativas a esta regulación legal [...]. Esta decisión no implica juicios acerca de la constitucionalidad de otras concepciones (como acaso de la teoría estricta del dolo), pero tampoco permite afirmar la inconstitucionalidad del § 17 en la interpretación de la teoría restringida y en su caso, en la teoría de la culpabilidad sujeta a las consecuencias jurídica [...]. El contenido regulador del § 17 es importante bajo un doble aspecto. Por un lado, está fuera de discusión el *carácter esencial* que tiene la conciencia de la ilicitud para el cuadro global del delito. Por el otro, queda fijada legalmente la *ubicación* de este elemento en la construcción del delito: la conciencia de la ilicitud es un *elemento de culpabilidad autónomo, independiente* del dolo. El juicio de culpabilidad acerca del autor presupone, junto a la capacidad de imputabilidad, la conciencia actual o potencial de la ilicitud (ver con mayor detalle en § 38, no. 1 y siguientes). Los dos componentes de la culpabilidad, a saber, la capacidad de imputabilidad y la posibilidad de la conciencia de la ilicitud, no están desconectados. Más bien esta última es tan sólo la especialización de una parte de la capacidad de imputabilidad, esto es, de la capacidad de comprensión en relación con la acción ilícita de que se trata. Solamente en el actuar sucesivo de ambas se exhiben la esencia y el contenido de la culpabilidad. La primera reside en que el autor no haya usado en forma suficiente las posibilidades de que disponía, para resistir a la tendencia a delinquir; para expresarlo en términos positivos, que haya abusado de su capacidad de resistencia o de comprensión. Como contenido de la culpabilidad reconocemos, según si el autor procedió con conciencia actual o sólo potencial del ilícito, la abierta disposición contra la norma o la reprochable frente a las exigencias del derecho.

En cambio, el reconocimiento de la teoría de la culpabilidad por parte del legislador confirma la corrección de la caracterización del dolo -realizada en § 22- como el conocimiento valorativamente neutral de las circunstancias de hecho decisivas la que no debe estar recargada con la conciencia de la ilicitud: el dolo es siempre dolo *natural*; nunca *dolus malus*. Maurach, Reinhart, *Op. Cit., Derecho Penal...*, p. 654-656.

³⁹⁰ Cfr. Blanco Lozano, *Op. cit. Tratado...* p. 383.

Dado el adelanto en la resolución de casos sobre problemas donde el error ocupa un lugar preponderante, podemos encontrar las pautas sistémicas en la jurisprudencia que sobre el particular han emitido los tribunales alemanes y cuya descripción es resumida para la doctrina penal española por Blanco Lozano quien apunta:

a) No es exigible la concreta ignorancia del *singular precepto jurídico lesionado o de la punibilidad del hecho*.³⁹¹

b) Lo que sí debe abarcar la ignorancia es el *contenido específico del injusto de la correspondiente clase de delito*.³⁹²

c) En consecuencia, es suficiente el *mero desconocimiento del profano*.³⁹³

d) Ahora bien, la mera ignorancia de la *inmortalidad social* del acto no es requisito suficiente para la apreciación de tal error.³⁹⁴⁻³⁹⁵

4.2. Las formas del error de prohibición.

El error de prohibición tiene muchas facetas y una constante: el cariz contrario al conocimiento de la norma y sus alcances o efectos. Desde la ignorancia de la Ley hasta la convicción de que, a sabiendas de su existencia, se considera injusta o contraria a otras leyes, el error de prohibición representa un interesante problema dogmático penal, pues dentro del mismo se abre un capítulo polémico como lo es la creencia discrepante o la creencia religiosa que, dado su origen puede constituir un problema práctico que altere el tejido social. El jurista alemán Claus Roxin analiza *a priori* las distintas formas de error a la luz de las legislaciones alemana y mexicana:

³⁹¹ Así, BGH 15, p. 283

³⁹² BGH, en *VRSt*-65, P. 127.

³⁹³ Cfr. BGH 10, p. 35

³⁹⁴ *Vid.* BGH, en *GM*, 1969, P. 61

³⁹⁵ Cfr. Blanco Lozano, *Op. cit. Tratado*..., p. 384.

Existen distintas formas de error de prohibición de las cuales el Código penal para el Distrito Federal menciona las dos más importantes. El caso más claro es aquél en el que el autor no conoce para nada la prohibición o el mandado o sea el tipo legal. Este caso ya lo he explicado usando ejemplos. En el núcleo del Derecho penal, o sea en los tipos básicos, este caso es raro. Y es que naturalmente todos saben que está prohibido matar a otra persona humana, lesionarla, hurtarle sus bienes, etc. Pero en los países altamente industrializados de hoy en día existen numerosos campos especializados cuyas regulaciones se encuentran aseguradas por disposiciones penales. Estas disposiciones son tan numerosas que ni siquiera un jurista puede tener todas ellas en la cabeza. Aquí hay entonces un campo fértil para errores de prohibición. Una forma especial del error de prohibición es el *error sobre el alcance de un tipo*. Este error también es ligeramente posible en el núcleo del Derecho penal. Cuando por ejemplo alguien cree que estaría permitido, con fines de trasplante, extraer los órganos de una persona que ha perdido irreversiblemente la conciencia, porque un ser inconsciente para toda la vida ya no sería una persona, se equivoca sobre el alcance del tipo de homicidio, el cual en realidad también abarca este caso. Esto es un error de prohibición. Igualmente, con facilidad puede uno ser de la opinión de que algo no caería bajo el tipo de estafa, pese a que sí tendría que ser evaluado como estafa. Pueden pensarse similares errores de prohibición en todos los tipos básicos.³⁹⁶

Al error de prohibición lo distinguimos por sus especies: el desconocimiento de la norma, la consideración de licitud en el acto que se realiza o bien en que se crea erróneamente estar dentro de las hipótesis que justifican y excluyen al delito.

³⁹⁶ Roxin, *Op. cit.*, *Problemas actuales...*, p. 128.

4.2.1. Clasificación de las formas del error.

Sin establecer una clasificación formal aún, partimos del pensamiento de Maurach para fijar algunas líneas con las que diferencia las especies del error de prohibición. Dicho autor germano señala:

La regulación propuesta por el legislador en los § 16 y 17 condujo a una solución unitaria para algunos de los casos de error que se presentan en el derecho penal, mientras otros casos de error (especialmente el error cerca de los presupuestos de hecho de una causal de justificación) han sido dejados conscientemente abiertos. Con ello, el § 16 coincide en su ámbito de regulación y en las consecuencias jurídicas con el derecho anteriormente vigente (§ 59 anterior a la reforma; ver en detalle en § 23). De este modo, es mucho más importante la regulación del § 17, que delimita el error de prohibición del error de tipo y lo somete a consecuencias jurídicas diferentes: falta de pena en el caso de inevitabilidad y atenuación de pena si el error fue evitable, quedando en todo caso sin tocarse el dolo. El § 17 abarca tanto el error de prohibición abstracto como el concreto.³⁹⁷

En ese tenor, la legislación alemana se destaca porque no atiende a las particularidades de las que pudiera ser objeto el error de prohibición, por ello el legislador atiende a la generalidad de esta especie determinando sus efectos, por lo que, una vez atendida la subespecie, ésta quedará determinada por las consecuencias previstas para el error de prohibición en general. El propio Maurach continúa:

³⁹⁷ Maurach, Reinhart, *et al.*, *Op. cit.*, *Derecho Penal...*, pp. 654-656.

Respecto de los casos que han quedado sin regulación (especialmente el error acerca de los presupuestos de hecho de una causal de justificación) se plantea con ello, en primer término, si acaso sólo existe la posibilidad de recurrir a una de las dos formas básicas de error reguladas por la ley (en cuyo caso procederá sólo la alternativa de aplicar, según corresponda, el § 16 o el 17), o si, al contrario, es posible el desarrollo de formas distintas además de los § 16 y 17.

El segundo camino, o sea, el de estructurar la doctrina del error en sus numerosas clases singulares tendría, esencialmente, más desventajas que ventajas. No sólo conduciría a una considerable complicación de toda la teoría del hecho punible, sino, además, haría que la clasificación del caso singular de error quedara sometida a factores de inseguridad aún mayores. Es por ello que, también respecto del error, preferimos quedarnos en una situación que nos es familiar para otros problemas jurídicos, consistente en que la global realidad vital debe ser abarcada en unas pocas categorías fundamentales, lo que jamás se logra sin cortes ni distorsiones (problema de la 'escasez de los tipos'). Lo dicho no excluye, por lo demás, la posibilidad de modificar en cada caso las consecuencias jurídicas respecto de determinados supuestos de error; en tal sentido, encontramos referencias en la propia ley y en las pocas regulaciones especiales establecidas para casos singulares de error.³⁹⁸

Bajo el argumento anterior, Maurach justifica la regulación alemana en el sentido de establecer una fórmula genérica relativa al error, pero, en dicho razonamiento se observa el reconocimiento de los problemas dogmáticos que subyacen como especies, en particular del error de prohibición. Maurach destaca algunos rasgos de las formas del error:

Se trata de un error acerca de la existencia de la norma prohibitiva en cuanto tal. El autor considera que su obrar es jurídicamente irrelevante, sea porque supone la falta de una norma o porque cree que ella, en

³⁹⁸ *Ibidem.*, p. 658.

general, no tiene tal extensión, bien, por último, porque es de la opinión de una norma que le resulta conocida como tal carece de vigencia material.

Ejemplos: El autor no sabe que están prohibidas las relaciones sexuales con una enferma mental (§ 17, inc. 2º, BGH JR 54, 188). Para la realización de una exigencia que se le impone, el autor recurre a medidas de presión inaceptables, porque no lo considera deshonesto (§ 240, inc. 2º). Tales casos de error abundan en el derecho penal accesorio. También constituye error de prohibición *abstracto* el desconocimiento de un elemento general del delito; así, la ignorancia de la antijuricidad en el caso de la apropiación indebida; la del carácter inmoral del hecho en el caso de las lesiones corporales, o la del carácter no autorizado de la permanencia en caso de violación de domicilio. Un error de prohibición *abstracto* puede referirse también a la validez material de una norma promulgada con arreglo a derecho. Así, cuando el autor considera inconstitucional una ley promulgada formalmente con arreglo a derecho, o cuando considera que ha perdido su objeto, debido a su derogación. Es indiferente que semejante 'error acerca de la vigencia de la norma' se refiera a las *normas nucleares* fundamentales éticamente, que subyacen tras la conminación de pena, o a los preceptos de orden puramente formal; no obstante, la distinción puede ser de importancia respecto de la *evitabilidad del error*. Al contrario, el *autor por convicción* no actúa básicamente en un error de prohibición; su culpabilidad reside precisamente en que sustituye la ordenación valorativa de la sociedad por la propia y, a partir de ésta, valora erradamente en el caso concreto.³⁹⁹

En el derecho penal mexicano existen diversas disposiciones penales de dudosa constitucionalidad, lo que podría propiciar el conflicto entre la ley que se considera injusta o inaplicable, frente al deber de hacer cumplir la ley

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 674.

sin prejuzgar su contenido.⁴⁰⁰ Ahora, al abordar el error de prohibición concreto, Maurach establece:

Indudablemente, estos casos constituyen los de mayor importancia en la administración de justicia. También respecto de ellos se da en la práctica la diversidad de opiniones en torno a la teoría *estricta* y a la teoría *restringida* de la culpabilidad, esta última subyace a la jurisprudencia reciente, con su distinción entre error acerca de las circunstancias de hecho y error de valoración. El error de prohibición concreto consiste en que, a pesar de conocer el mandato normativo, el autor supone, sea por una apreciación incorrecta de los hechos, sea por una interpretación jurídica impropia, una retirada de la norma frente a su autorización para actuar. En otros términos, en este caso yerra el autor que incurre en error acerca de una *causal de justificación*, sea que parta de la base de una situación cuya existencia efectiva justificaría su actuar, sea que se encuentre en un error acerca de la existencia, clase y alcance de una causal de justificación no reconocida, o bien, no reconocida en esa forma por el derecho. Con el fin de presentar una visión clara de las múltiples formas de concreción y de los problemas de delimitación que al respecto surgen, trataremos a continuación en forma conjunta estas dos formas de expresión del error. Sólo las causales de justificación más importantes y las representaciones equivocadas más frecuentes en la práctica merecen especial mención. En todos estos casos, el error de prohibición, visto desde la perspectiva de las causales de justificación, se presenta como una falta de congruencia entre los elementos subjetivos y objetivos de justificación, la que impide tal justificación: el autor cree erradamente que actúa conforme a derecho (ver § 25, no. 36); pero, como falta el elemento objetivo de justificación, cesa la posibilidad de la exclusión del ilícito; entran en acción, según sea

⁴⁰⁰ Cfr. Los trabajos de Mancilla Ovando, Jorge, *Examen de constitucionalidad de diversas leyes federales que consagran delitos*. 3ª ed., Porrúa, México, 2001, donde pone a prueba la solidez de los fundamentos con los que se realizaron diversos tipos penales, que, a la luz de un estudio acucioso sobre su constitucionalidad, se observaron vicios contrarios a la Ley fundamental. Asimismo Cfr. Cárdenas Rioseco, Raúl, *Delito de enriquecimiento ilícito ante la Suprema Corte*, Porrúa, México. Donde el autor examina la falta de técnica legislativa para establecer el tipo en cuestión y cuyos yerros, como la falta del verbo núcleo del tipo, destacan la dudosa constitucionalidad de su aplicación.

el caso, las reglas del § 16 (en el error acerca de las circunstancias de hecho) o del § 17 (en el error de valoración).⁴⁰¹

Antes de abordar lo relativo a la ignorancia del derecho, Blanco Lozano opta por iniciar la clasificación con una figura poco abordada por la dogmática, toda vez que la misma, regularmente se asocia a la ignorancia de la norma. Dicha figura se denomina error eventual y toma su nombre de la naturaleza con la que ocurre el hecho.

4.2.1.1. El error de prohibición *eventual*.

El dolo eventual ocurre bajo circunstancias en las que el sujeto tiene la posibilidad de representarse el hecho típico, en cambio, el error eventual ocurre más bien cuando es eventual el hecho dadas las circunstancias personales del sujeto. A partir de ello, podemos establecer que el dolo le pertenece al sujeto, en cambio, el error es algo que lo supera, ya por cuestiones culturales o en específico por circunstancias propias que deben ser estudiadas al momento de resolver sobre la especie de que se trate. Blanco Lozano escribe:

En supuestos delictivos clásicos y conocidos por todos los ciudadanos, como por ejemplo homicidio, lesiones, hurto, robo, etc., parece claro que el sujeto activo no puede invocar un desconocimiento de la ilicitud del hecho, salvo que se trate de un individuo que haya vivido completamente asilado de la civilización y ajeno a toda formación cultural y social.

⁴⁰¹ Maurach, Reinhart. *et al. Op. cit., Derecho Penal...*, p. 675.

Sin embargo, hay otros casos en que determinadas conductas tipificadas pueden ser, en tanto tales, desconocidas para el *profano en Derecho*. Tal podría ser el supuesto, verbigracia, del delito urbanístico cometido por particular⁴⁰², o del de daños en cosa propia de utilidad social o cultural⁴⁰³.

En estos casos, no cabe aceptar el error si el autor, atendidas las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes, *considera seriamente la eventual antijuricidad de su comportamiento y acepta la posibilidad de vulnerar el Derecho*⁴⁰⁴.

Una corriente jurisprudencial germana se muestra todavía más restrictiva al respecto, negando la apreciación del error incluso cuando el autor albergue dudas sobre la ilicitud del hecho⁴⁰⁵.

Tal solución rígida y restrictiva, últimamente apuntada, nos parece errónea, por lo que compartimos la tesis de autores como Kunz⁴⁰⁶ o Warda⁴⁰⁷, que consideran que en tales casos es más apropiado ponderar individualizadamente, recurriendo incluso a la delimitación entre *vencibilidad o invencibilidad del error*.⁴⁰⁸

4.2.1.2. Error de prohibición *directo*.

El error de prohibición directo se caracteriza por tratarse de un desconocimiento de la norma y se puede establecer bajo las siguientes hipótesis:

a) Cuando el autor ignora la existencia de una norma penal que sanciona el comportamiento que ejecuta.

⁴⁰² Art. 319 c.p. [español].

⁴⁰³ Art. 289 c.p. [español].

⁴⁰⁴ Así, BGH LM 59, 6; BGH, en JR, 1952, p. 285; BGH 4, p. 4.

⁴⁰⁵ Vid. OLG Bremen, en NJW, 1960, p. 1963; OLG Düsseldorf, en MDR, 1984, p. 866. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado*..., p. 385.

⁴⁰⁶ KUNZ, *Strafaustrucks oder -milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft?*, en GA, 1983, pp.468 ss. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado*..., p. 385.

⁴⁰⁷ WARD, *Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein*, en VVAA, *Festschrift für Lange*, 1976, p. 146. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado*..., p. 385.

⁴⁰⁸ Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado*..., p. 385.

b) Cuando el agente, aunque tiene conocimiento de la norma penal incriminador, supone erróneamente que la misma no tiene vigencia.

c) Cuando el sujeto activo interpreta de manera equivocada el precepto penal, estimándolo erróneamente inaplicable⁴⁰⁹ -⁴¹⁰.

En México, Javier Jiménez Martínez destaca que:

El error sobre la norma prohibitiva contenido en el inciso B) de la fracción VIII comprende dos aspectos: 'desconozca la existencia de la ley' o 'el alcance de la misma' y dentro de la cual quedan comprendidas las siguientes hipótesis:

- El autor no conoce la norma prohibitiva;
- El autor conoce la norma prohibitiva pero la considera no vigente;
- El autor conoce la norma y la interpreta equivocadamente.⁴¹¹

Román Quiroz por su parte lo ejemplifica siguiendo el pensamiento tanto de Roxin, para su clasificación como de Jescheck para su explicación:

Este es el caso clásico de error de prohibición, como el que se da cuando alguien mantiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental y no sabe en absoluto que ello está prohibido. La persona que no tiene ni la menor idea no empleará ni un pensamiento en la cuestión de si actúa conforme a Derecho o antijurídicamente; no es culpable, si tampoco en el caso de 'haber hecho examen' interior habría podido tener conciencia de la antijuricidad de su hecho. Es suficiente para el error de prohibición la falta de 'comprensión de que se hace algo injusto'.⁴¹² ⁴¹³

⁴⁰⁹ *Ídem*.

⁴¹⁰ Daza Gómez señala que el error directo "versa sobre la existencia de la norma penal o sobre su vigencia o aplicabilidad". Cfr. Daza Gómez, *Op. cit.*, *Teoría del Delito*..., p. 262.

⁴¹¹ Jiménez Martínez, *Op. cit.*, *Elementos*..., p. 692.

⁴¹² Román Quiroz, *Op. cit.*, *La culpabilidad*..., p. 207.

⁴¹³ Quintino Zepeda escribe:

Modalidades del error de prohibición: Primeramente debe señalarse que el error de provisión se subdivide en:

- a) Error de prohibición directo; y
- b) Error de prohibición indirecto.

El error de prohibición directo está reconocido en nuestra legislación, del modo que sigue:

"Artículo 29. (Causa de exclusión). El delito se excluye cuando: (...)

VIII Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible; (...)

4.2.1.3. Error de prohibición *indirecto*.

Esta especie de error es la que despierta sin duda alguna más debates tanto sobre su naturaleza como los efectos que se deben atribuir en caso de actualizarse, puesto que se parte de una justificación que se considera inserta en el hecho y ya no puede alegarse ignorancia sino una interpretación distinta a la norma, ya sea por errar en su alcance o por estar en contra de la misma. Al final, el Derecho como producto y como instrumento de la sociedad que la crea, termina imponiéndose sobre las creencias discrepantes con el fin, consideramos, de salvar intereses superiores tales como salvaguardar el orden que garantice su viabilidad. El jurista mexicano Francisco Pavón Vasconcelos define esta clase de error como error de permisión y, en ese sentido describe:

Llamado en la dogmática alemana 'error de prohibición indirecto'. En esta especie, el error no recae sobre las circunstancias que pertenecen al tipo legal, ya que el sujeto conoce que su proceder cae dentro del ámbito de la norma penal en cuanto a la descripción que ésta hace del hecho que aquél ejecuta, sino sobre el carácter lícito del hecho que realiza, por cuanto cree fundadamente que le está permitido. **Se trata de una suposición errónea sobre la concurrencia, con la acción ejecutada, de una causa de justificación** (error sobre el tipo de permiso o error de permisión), error que puede ser exculpante si el mismo resulta **invencible o insuperable**. Maurach razona que 'si el autor ha apreciado correctamente el hecho, pero ha derivado de él falsas consecuencias en orden a la autorización a actuar, esto es, si ha concurrido un error sobre 'especie y ámbito de una causa de justificación'

b) Respecto de la **ilícitud de la conducta**, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma." *Sistema e identidad Penal*. México, 2003. p. 215.

(o de una causa de responsabilidad excluida), se aplicarían los principios antes tratados: un error ('error de valoración') debe ser considerado error de prohibición, con los consiguientes efectos -inculpabilidad de ser inevitable, culpabilidad dolosa atenuada si es evitable'.⁴¹⁴ 415

En España, Blanco Lozano señala: "El denominado doctrinalmente error de prohibición *indirecto* se concreta cuando el agente sabe que está actuando típicamente, esto es, que su conducta es subsumible en un tipo legal del delito, pero cree erróneamente que la misma es *lícita*, por hallarse amparada por una

⁴¹⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª. Ed., Porrúa, México, 1999.

⁴¹⁵ Quintino Zepeda define:

El error de prohibición indirecto está plasmado de la siguiente manera:

"Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando: (...) VIII.

Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible; (...) b) Respecto de la licitud de la conducta (...) porque crea que está justificada su conducta."

A su vez, el error de prohibición indirecto puede adquirir una de las modalidades siguientes:

- Cuando erróneamente el autor supone la existencia de una causa de justificación no admitida por el Ordenamiento jurídico;
- Cuando el autor desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación sí admitida por el Ordenamiento jurídico; y,
- Cuando el autor cree, erróneamente, que concurren las circunstancias, que de haberse presentado, justificarían el hecho.

De lo anterior se desprende que mientras el error de prohibición directo está referido a una *norma preceptiva* (que manda o prohíbe un comportamiento), el error de prohibición indirecto por su parte tiene como núcleo a una *norma justificante*, específicamente. Esto es importante resaltarlo en atención a que, con base en tal diferencia, están establecidos los parámetros para acreditar en qué medida un error de prohibición era o no evitable, es decir, vencible; a ello volveremos más adelante, cuando entremos al, así conocido, *juicio de evitabilidad*.

Pues bien, el juicio de evitabilidad está para determinar cómo y por qué un autor descuida examinar correctamente la antijuridicidad de su acción.

Hay que decirlo, son distintos los parámetros que rigen para evaluar el juicio de evitabilidad en el error de prohibición. Así, el *error de prohibición directo* y el *error de prohibición indirecto* tienen parámetros distintos para medir su evitabilidad. Esto es perfectamente lógico, comenzando porque, como se había dicho anteriormente, el error de prohibición directo está referido a una *norma preceptiva* (que manda o prohíbe una conducta), en tanto que el error de prohibición indirecto por su parte tiene como núcleo una *norma exclusivamente justificante*, es decir, *permissiva*.

Lo anterior quedará claro con el siguiente ejemplo:

Si una persona alegara para su defensa un *error de prohibición directo*, aduciendo que no conocía la norma que prohíbe matar a otra persona, tal error -desde luego- prácticamente nadie lo podría creer. En cambio, si dicha persona alega para su defensa un *error de prohibición indirecto*, y dice que consideraba justificada su conducta de matar, precisamente porque suponía que concurrían a su favor los límites de una causa de justificación. Entonces este segundo error es más probable que haya existido, pues los límites de una causa de justificación ni siquiera los define -bien a bien- la ley penal; en todo caso, dichos límites sobre las causas de justificación, los encontramos en uso o varios tratados de Derecho penal.

Por lo anterior, se afirma que el error de prohibición directo y el error de prohibición indirecto tienen distintos parámetros para deducir la evitabilidad sobre los mismos." Quintino Zepeda, *Op. cit.*, Sistema..., p. 216.

causa legal de justificación.⁴¹⁶ Javier Jiménez Martínez establece distintas

hipótesis:

- * El autor cree en el caso concreto que concurre una causa de justificación;
- * El autor supone a su favor una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico;
- * Error sobre los límites de las causas de justificación⁴¹⁷;

⁴¹⁶ Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado...*, p. 386.

⁴¹⁷ Al establecer el problema sobre las causas de justificación, se afronta la disyuntiva si se trata de un problema de error de prohibición o de tipo.

Para dar contestación a estos cuestionamientos, Roxin expone cinco teorías que se han formulado para tratar de dar solución a este problema:

1. Teoría de los elementos negativos del tipo

Para esta doctrina la suposición equivocada de circunstancias equivocantes es un error de tipo que excluye el dolo por aplicación inmediata y conduce, en su caso, a la punición por delito imprudente. Para esta doctrina la no concurrencia de las circunstancias justificantes pertenecen al tipo legal.

2.- Teoría restringida de la culpabilidad

Considera que el error de prohibición no excluye al dolo sino que solo afecta a la culpabilidad, pero acepta que el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación no es un error de prohibición y por lo tanto restringe el alcance de lo que debemos de entender por error de prohibición. Esta teoría se fundamenta en dos consideraciones:

Primera. Parte de la teoría de los elementos del tipo que considera que las causas de justificación es la parte negativa de todo tipo y que, por lo tanto el error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de tales causas de justificación, es decir de los elementos negativos del tipo, es un error de tipo.

Segunda. Señala esta teoría, aunque el error sobre los presupuestos de las causas de justificación no es en puridad un error de tipo peor materialmente tiene la misma significación que él mismo, por lo que debe tratarse como error de tipo.

3.- Teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas.

Esta teoría no atribuye efecto excluyente del dolo al error de tipo permisivo, pero pretende sobre todo en virtud de la culpabilidad disminuida del sujeto equiparar en sus consecuencias jurídicas el hecho en su opinión dolosa a un delito imprudente.

4.- Teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias.

Esta teoría se desliga por completo del tratamiento del error de tipo permisivo. No sólo aprecia un delito doloso, sino que además construye un marco penal propio para el caso de venibilidad del error.

5. Teoría estricta de la culpabilidad.

Esta doctrina ha sido impulsada por el finalismo, trata la suposición errónea de circunstancias justificantes como un error de prohibición inmediatamente subsumible. Por tanto el error no excluye nunca al dolo, sino únicamente a la culpabilidad en caso de ser invencible; si el error es, como sucede por regla general, vencible, la pena del delito doloso puede atenuarse. Por su parte Eser refiere que el error sobre el supuesto de hecho de permisión debe ser tratado de igual modo que el error sobre la justificación que se refiere la norma, es decir, como error de prohibición. A favor de esta doctrina impulsada por Welzel se aduce que las causas de justificación no elimina la tipicidad sino solamente la antijuricidad, por lo que la suposición errónea de una causa de justificación no excluye el dolo típico sino sólo la conciencia de la antijuricidad.

6.- Posición personal.

La mayoría de la doctrina se inclina por la teoría restringida de la culpabilidad, pues justifican equiparar el error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación y el error sobre un elemento del tipo, cosa que nos parece inapropiada, pues en el primer caso el sujeto actúa con conciencia y voluntad de la concurrencia de los elementos positivos del tipo, en palabras de Cerezo Mir que fundamenta lo injusto específico de la conducta delictiva, lo que debe servirle de estímulo para cerciorarse bien de si concurren o no las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación. Coincidimos plenamente con Cerezo Mir al considerar que es más justo considerarlo como un error de

* Error sobre los límites de la necesidad.^{418 - 419}

Cada una de estas especies se define tomando en consideración las circunstancias que rodean al hecho, de tal modo que, podremos observar la vencibilidad o no del error y la posibilidad entonces de reprochar el acto.

Así, observamos que en el primer supuesto, el autor considera que en el caso concreto existe una causa de justificación, lo que comúnmente se conoce como defensa putativa.⁴²⁰ En dicho acto existe una equivocación sobre los

prohibición como lo hace la teoría pura o estricta de la culpabilidad. Dicha teoría considera que un error de prohibición, si es invencible exime de responsabilidad penal y si es vencible se aplica la pena del delito doloso atenuada." Daza Gómez, *Op. cit.*, *Teoría del Delito*..., pp. 265 - 268. Sobre estas cuestiones volveremos al abordar el tema del error de prohibición inverso y la defensa putativa. N. del A.

⁴¹⁸ Jiménez Martínez, *Op. cit.*, *Elementos*..., p. 694.

⁴¹⁹ Blanco Lozano establece: Por lo demás, y atendiendo a una sistemática unánime en la doctrina y la jurisprudencia españolas, cabe distinguir tres supuestos de error de prohibición indirecto:

a) Error sobre la existencia de una causa de justificación: tal error de prohibición indirecto se concreta cuando el agente supone la existencia de una causa de justificación que en realidad no se encuentra prevista en el Ordenamiento.

b) Error sobre los límites de la causa de justificación: este caso se da cuando el sujeto activo yerra por cuanto se *excede* de los límites legalmente previstos para la concreción de la justificación.

c) Error sobre los presupuestos fácticos de la causa de justificación: esta última modalidad de error de prohibición indirecto se concreta cuando el agente se equivoca al considerar que se dan en el hecho las circunstancias fácticas determinantes de la situación de justificación. Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado*..., p. 386.

⁴²⁰ Maurach, consideraba que éste era uno de los problemas no resueltos por la teoría del error: "El error acerca de una causal de justificación puede referirse tanto a los presupuestos de hecho de esta causal (por ejemplo, la errada suposición de un ataque en el marco de la legítima defensa), así como también a una equivocada valoración jurídica (por ejemplo, el desconocimiento de los límites de la defensa admisible en el caso de la legítima defensa). Aquí se bifurcan los caminos dentro de la teoría de la culpabilidad: la teoría estricta de la culpabilidad incluye ambos casos de error en la categoría del error de prohibición, mientras que la teoría restringida de la culpabilidad hace un distinguo en el resultado y trata el error acerca de las circunstancias de hecho de una causal de justificación ('error sobre las circunstancias de hecho', tal término será usado en adelante) conforme al § 16; viendo un error de prohibición sólo en el caso de una causal de justificación inexistente, o en su caso, en el desconocimiento de los límites de una causal de justificación reconocida ('error de valoración'). Al promulgarse los § 16 y 17, tal disputa era conocida por el legislador; éste, conscientemente, la dejó sin solución. Sin embargo, en los últimos años se ha producido un vuelco unilateral en favor de la teoría restringida de la culpabilidad.

Sin embargo, al mismo tiempo se ha producido una clara relajación en la controversia, antes tan animada, entre la adecuación de las teorías restringida y estricta de la culpabilidad. En la actualidad se reconoce casi absolutamente que aquí no existe una solución completamente satisfactoria. Sólo la doctrina de los elementos negativos del tipo se decide en el sentido de una directa aplicación del § 16, por otro lado, la concepción fundamental de la teoría finalista de la acción no conduce necesaria a la teoría estricta de la culpabilidad. Desde la posición esquematizada en el no. 36 y 37, el tratamiento correcto del error sobre las circunstancias de hecho lleva a una *cuestión de ponderación*: ¿es preferible aplicar las reglas del § 16, extendiéndolas al ámbito de la antijuridicidad, o bien someter un desconocimiento de hechos (referido a los presupuestos objetivos de una causal de justificación) a las, para éste, inadecuadas reglas del error de prohibición? Dado que también tenemos el problema inverso del error de prohibición en el ámbito del tipo, la extensión del § 16 al error sobre las circunstancias de hecho se encuentra de todos modos muy cercana. En efecto, las dos clases de error no se restringen a una determinada etapa en la construcción del delito, tal como se expuso anteriormente. Más importante es destacar también para el

presupuestos objetivos de una causa de justificación, esto es, la defensa es real, el ataque del que se defiende es imaginario.⁴²¹

En el segundo supuesto, el autor cree que obra a su favor una causa de justificación. Lo que se clarifica con el hecho que, en ocasiones, padres o profesores consideran justificada la aplicación de castigos corporales con fines "educativos o disciplinarios."⁴²² Sobre este particular Roxin apunta:

error acerca de las circunstancias de hecho la estructura básica del error, en cuanto defecto de percepción o error de valoración.

Por último, se justifica también esta solución por el hecho de que ella se encuentra en armonía con el desarrollo internacional de derecho y que, en el ámbito nacional, se pueda confirmar la coincidencia entre ella y la permanente jurisprudencia en tal sentido. Todo obviamente, sin negar la utilidad que representa para la cuestión una decisión en el plano legislativo.

Una vez que exista unidad acerca de esta proporción de objetivos, tiene prácticamente una importancia menor si, para la realización técnico-jurídica, el § 16 es aplicado analógicamente (por lo demás, la aplicación directa en virtud de la doctrina de los elementos negativos del tipo queda excluida) o si la invocación del § 16 sólo se limita a sus consecuencias jurídicas. El texto en examen considera que es la teoría de la culpabilidad *restringida a los efectos jurídicos* la solución más adecuada, dado que ella evita incursionar en la estructura del delito. En especial, es compatible con ella la subsistencia del dolo, por limitarse a un desarrollo conforme al § 16 (castigo como si se tratara del autor de un delito culposo).

Esta restricción respecto de la regulación de las consecuencias jurídicas queda plenamente expresada en el § 8, ÖStGB: "...no puede ser castigado por una comisión dolosa. Debe ser condenado por comisión de un acto culposo, si el error se debe a culpa y la comisión dolosa está conminada con pena". Aquí también se indica sobre qué debe recaer el examen de la culpa en semejante caso. Si el error sobre las circunstancias de hecho de una causal de justificación se debe a un falta de diligencia, en el sentido del reproche de culpa, nace responsabilidad penal por un hecho culposo; la conexión no es hecha en relación con el dolo por el hecho, que en sí existe, sino con el error acerca de las circunstancias de hecho justificantes, producido con culpa." (Maurach, Reinhart, et al, *Op. cit.*, *Derecho Penal...*, pp. 660-661.)

⁴²¹ Jiménez Martínez sobre el particular cita la conocida tesis que señala: "LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA EN CASO DE ERROR ESENCIAL E INSUPERABLE. Si es verdad incontrovertible que en la mente del inculpaado existió la agresión, aún cuando no en el mundo fenoménico, debe entonces inferirse que se dio la situación de la legítima defensa putativa, si privó de la vida al ofendido en virtud de estar dicho inculpaado inmerso en una situación mental de error, al imaginar que el ofendido agredía a su padre; la legítima defensa putativa opera como causa de inculpabilidad aunque no comprendida dentro del catálogo de excluyentes de responsabilidad pero si presente en el espíritu que informa al Código Penal del Estado de Tabasco, con amplos efectos eximentes, cuando el error sobre la agresión tiene el carácter de invencible, en atención a las circunstancias que rodean el evento luctuoso; lo que ocurrió si el ofendido, luego de injuriar, golpear y amenazar al inculpaado con una pistola, de la que después supo no tenía balas, le hizo saber que iba a buscar a su padre, precisamente en el momento en que éste llegaba, y hacia quien se dirigió dicho ofendido con la pistola en la mano, y en estas condiciones fue muerto por el inculpaado." (Séptima Época, Instancia: Primera sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, Tomo: 151-156. Segunda Parte, Página: 65. Amparo directo 7534/80. Alejandro Manssur Castellanos, 28 de septiembre de 1981. Cuatro votos. Ponente. Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco.)" *Op. cit.*, *Elementos...*, p. 695.

⁴²² Román Quiroz explica: "Este error es frecuente, v.g. alguien cree poder corregir mediante castigo corporal a los niños ajenos cuando hacen travesuras imperdonables, actúa en error de prohibición en cuanto a las lesiones. Se imagina una causa de justificación que no existe.

Lo mismo rige cuando unos estudiantes creen poder perturbar o interrumpir una clase en virtud de un supuesto derecho de huelga o cuando alguien comete un sabotaje de recursos militares suponiendo que un derecho a promover la paz mundial le autoriza a ello.

Aún con mayor frecuencia se producen tales errores en al forma de que el sujeto extiende demasiado los límites de una causa de justificación en sí existente: v.g. parte de la suposición de que

Una segunda gran posibilidad de errores de prohibición se encuentra en la *suposición de causas de justificación que no existen* o en la *sobreextensión de su alcance*. Por ejemplo, alguien golpea a hijos ajenos y opina que habría una causa de justificación que permite tales castigos físicos. Pero no existe tal causa de justificación. Por ello se presenta un error de prohibición en la lesión corporal cometida dolosamente. O si alguien opina que estaría justificado apresar a todos los deudores morosos. Si lo hace, practica una detención ilegal bajo error de prohibición pues el ordenamiento jurídico no conoce tal causa de justificación. Es todavía más frecuente una sobreextensión de causas de justificación reconocidas legalmente. Ella ocurre por ejemplo cuando el autor de lesiones corporales cree que la legítima defensa cubriría también las afecciones corporales que van más allá de la medida necesaria para repeler el ataque; o cuando un particular, facultado por la ley para detener al autor de un delito, cree erróneamente que le estaría permitido emplear armas de fuego para ello. En puridad, cada sobreextensión de las causas de justificación constituye un caso de suposición de una causa de justificación no existe pues no existe una justificación en la forma en que el autor se imagina.

Existen todavía otras formas de error de prohibición pero que son raras y menos importantes. El *error sobre la validez* forma parte de ellas. Con ello se alude el caso de que el autor, si bien conoce la prohibición, considera que es nula; por ejemplo porque atenta contra normas constitucionales de mayor jerarquía. Si en tales casos conscientemente infringe la prohibición. Opinando que actúa de conformidad con la ley, se encuentra en un error de prohibición.⁴²³

En el supuesto siguiente el sujeto activo yerra sobre los límites que existen en una causa de justificación, por ejemplo cuando un policía judicial en

también las medidas defensivas que sobrepasan la medida de lo necesario o que se rigen contra agresiones futuras están amparadas por legítima defensa.

Esta misma autora establece el llamado error de validez el cual consideramos propio de la creencia discrepante." Román Quiroz, *Op. cit., La culpabilidad...*, p. 207.

⁴²³ Roxin, *Op. cit., Problemas actuales*, pp. 128 - 129.

el momento de realizar una detención considera que puede disparar a quien huye del lugar y sabe se trata de un delincuente.

Por último, el sujeto se equivoca sobre los límites del llamado estado de necesidad, sacrificando un bien jurídico para salvar otro que, objetivamente, no estaba en peligro.^{424 - 425}

Si adelantamos el resultado sobre los efectos jurídicos que conlleva el error de prohibición observaremos que no exime de responsabilidad penal si en el caso en concreto el error era vencible. A diferencia del error de tipo que sólo admite responsabilidad si el tipo se puede actualizar a título de culpa. En el caso que nos ocupa, el error de prohibición vencible se sanciona de manera atenuada en todos los casos, no importando si se admite la forma de realización a título de culpa o no.

⁴²⁴ Jiménez Martínez Ahonda: "Es importante aclarar que entre el caso de error sobre los límites de la necesidad y el de las eximentes putativas, el fundamento es idéntico: en ambos casos el autor cree en la necesidad de su obrar, cuando en realidad falta tal necesidad." *Op. cit., Elementos...*, p. 696.

⁴²⁵ Daza Gómez adelanta sobre el particular: "Uno de los problemas más discutidos en la Teoría del error, es del cómo se ha de tratar el supuesto en el que el sujeto representa erróneamente los presupuestos objetivos materiales de una causa de justificación. Para poder estar en condiciones de dar una solución es necesario como indica Eser, volver al estudio de los tres tipos de error sobre la justificación.

- La suposición errónea de los presupuestos fácticos de una causa de justificación. *V. gr.* El maestro cree que el alumno X está molestando en clase, cuando en realidad fue Y estamos en presencia del error sobre el supuesto de hecho de permisión, también llamado error de tipo de permisión. El error sobre una causa de justificación basado en un error de hecho. Como sinónimo de error de hecho también se utilizan los términos error sobre un supuesto de hecho.

- la suposición errónea de una causa de justificación que no se haya reconocida por el ordenamiento jurídico: *V. gr.* El maestro cree estar autorizado a obligar por medio del castigo corporal a sus alumnos a emitir una profesión de fe, a este error también se denomina error sobre la norma de permisión.

- El autor yerra acerca del alcance de una norma de permisión reconocida por el ordenamiento jurídico.

Ejemplo: el padre cree estar autorizado a maltratar a su hijo con un instrumento peligroso, después de descubrir que ha mentado, a este error se le llama error sobre los límites de permisión.

Se presente el problema, según Luzón Peña, del error del tipo y de prohibición: en el primero... 'si el yerro recae tanto elementos objetivos como normativos del tipo, el error será sobre el tipo' y, en segundo lugar, para el tratamiento de la defensa putativa como error de prohibición, ya recaiga éste sobre los presupuestos objetivos de la causa justificación ya sobre las normas que condicionan la existencia de la justificación, con la cual el error de prohibición puede recaer sobre hechos en el caso concreto, que se concien a los presupuestos fácticos de la causa de justificación." Daza Gómez. *Op. cit., Teoría del Delito...*, pp. 263 - 264.

Por tal motivo reviste gran importancia la especie consistente en la llamada defensa putativa a la que dedicaremos las siguientes líneas.

4.2.2. El error sobre circunstancias objetivas presupuesto de una causa de justificación (las llamadas eximentes putativas).

Las causas de justificación se basan en presupuestos objetivos, a saber por ejemplo en la legítima defensa es necesario que concurren: un ataque real, actual, que el mismo sea sin derecho, que se imminente, asimismo que sea en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos; que no obre provocación.⁴²⁶ En lo tocante al error que nos ocupa, éste puede actualizarse si es que en la realidad no existen los requisitos antes mencionados y el sujeto activo considera que se han actualizado. La persona en dicha hipótesis cree estar ante lo que parece

⁴²⁶ Fletcher define: "Las causas de justificación se basan en las normas que permiten la comisión nominal de las ofensas, como en la percepción de los hechos que sirven de soporte a la aplicación de esas normas. La forma más simple de justificación es el consentimiento. En esta causa de justificación lo único que importa es si la supuesta <<víctima>> quiere o desea que ocurra la conducta del que realiza el hecho. Más complicada es la legítima defensa que requiere tres elementos objetivos: 1) un ataque actual 2) una respuesta necesaria y 3) una <<proporcionalidad>> entre el interés amenazado y el daño producido." Fletcher, George P., *Op. cit., Conceptos Básicos...*, p. 234.

Frisch por su cuenta escribe: "El centro mismo de las controversias se alcanza cuando se dirige la atención a la fundamental constelación de error que aquí nos queda por examinar: el *error sobre las causas de justificación*. De él ya se ha tratado el caso del error sobre la valoración, esto es, el de la suposición de causas de justificación absolutamente inexistentes y del error sobre el alcance de las verdaderas causas de justificación (con inclusión en este ámbito del error interpretativo y de subsunción): según todas las opiniones, esta clase de error nunca excluye el injusto doloso, sino a lo sumo su reprochabilidad, existiendo a propósito de ello una limitada discusión acerca de si en un caso de esta especie queda ya elucidada con carácter general o sólo bajo ciertas circunstancias la culpabilidad dolosa y, con ella, la pena del dolo. Lo que ahora interesa es el caso de la suposición errónea de aquellas circunstancias que en caso de incurrir en el hecho darían lugar a que entrase en juego una causa de justificación: el denominado *error de tipo permisivo*. El abanico de las opiniones que se mantienen a propósito de esta constelación de error es extraordinariamente amplio y se encuentran relevantes diferencias tanto en la valoración sistemática del error como en las concepciones acerca de su adecuado tratamiento material. Al respecto se dan las combinaciones más diversas: concepciones que clasifican sistemáticamente el dolo de un modo diferente coinciden completamente, e n algunos aspectos, en cuanto al tratamiento práctico del error, mientras que, por otra parte, concepciones con el mismo punto de partida sistemático llegan a consecuencias materiales absolutamente distintas." Frisch, Wolfgang, *et al., El error en el Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 42.

un ataque con estas características, lo cual no ocurre, salvo en su mente.⁴²⁷⁻⁴²⁸

Fletcher analiza la naturaleza de esta clase de error de prohibición y para tal efecto expone una crítica a la ubicación metodológica:

Un error fáctico sobre uno de estos elementos es parecido a un error sobre los elementos fácticos de las causas de justificación como un error de hecho. Ello ha provocado muchas confusiones tanto en la teoría como en la praxis. Algunos Códigos penales, como el alemán o el español, no contienen ninguna regulación del problema. Así por ejemplo, en la dogmática alemana se discute si el error sobre los elementos fácticos de las causas de justificación debe incluirse en el artículo 16 (como error de tipo), o en el art. 17 (como error de prohibición) del Código penal alemán. El problema de la justificación putativa es decir, de la causas de justificación basada en la percepción errónea, pero de buena fe, de sus elementos fácticos plantea además un serio problema filosófico.

Una de las razones por la que el problema es tan difícil de resolver es porque no existe consenso en la repercusión que la justificación putativa debe tener en la responsabilidad de un sujeto. El error sobre un elemento de la tipicidad se convierte por sí mismo en relevante porque elimina la intención o dolo requerido por el tipo de delito y con ello la tipicidad misma. Y si la tipicidad no existe no puede hablarse de delito.

⁴²⁷ Maurach sobre el particular expone: "Una especial importancia práctica inviste la legítima defensa putativa (ver § 26, no. 56), la que abarca tanto los casos de suposición equivocada de una *situación de legítima defensa*, como el error acerca e la amplitud de las *acciones defensivas* necesarias para repeler una agresión real. En el último caso se habla también de un exceso *extensivo* en la legítima defensa, en oposición al exceso *intensivo*, en el cual el autor *reconoce* que sobrepasa los límites de la legítima defensa. Este último no tiene, en cuanto tal, influencia sobre el castigo por el hecho doloso constituido por el excesivo daño inferido al agresor; pero si el autor actúa presa de la 'confusión, del miedo o del pánico' (§33), entonces no es culpabilidad la que queda excluida, sino su responsabilidad por inexistibilidad de un comportamiento debido, sin que importe aquí (no existe un examen individualizador de la *culpabilidad*) la concreta evitabilidad del exceso (ver § 34, no. 30 y 31). En detalle, el exceso putativo en la legítima defensa abarca el error respecto de la existencia de una agresión, de su actualidad, de su antijuridicidad y de la naturaleza y alcance de la acción defensiva, en la que debe distinguirse entre el error sobre las circunstancias de hecho y el error de valoración." Maurach, Reinbart, *Op. cit., Derecho Penal...*, p. 675.

⁴²⁸ Claus Roxin ejemplifica: "los errores de este tipo pueden presentarse en todas las causas de justificación. Cuando por ejemplo alguien, en el tráfico rodado, conduce demasiado rápido atentando contra las disposiciones penales, esto puede estar justificado por el estado de necesidad cuando era el único medio para salvar la vida de un accidentado llevándolo al hospital. Pero cuando al llegar al lugar del accidente se descubre que no existe ninguna lesión necesitada de tratamiento, no existe un verdadero estado de necesidad, sino solamente uno supuesto (un estado de necesidad putativo), y surge la pregunta sobre las consecuencias de este error en la punibilidad del que quería salvar al otro." Roxin, *Op. cit., Problemas actuales*, p. 142.

Pero, ¿por qué debe ser relevante también el error sobre un elemento fáctico de una causa de justificación? ¿Por qué debe el sujeto beneficiarse de sus errores?⁴²⁹

El jurista alemán Claus Roxin escribe: "En el Código penal alemán el error sobre circunstancias justificantes no está regulado, pues el legislador no estaba seguro de la solución jurídicamente correcta y quería dejar esto a la jurisprudencia y la ciencia."⁴³⁰

En la legislación mexicana ocurre algo similar, pues se ha dejado a la casuística la atención de este problema, sin embargo, el mismo se ve multiplicado debido al distinto tratamiento que puede haber en un país donde confluyen 34 disposiciones penales: una federal, una por cada entidad y una de justicia militar. Claus Roxin continúa y expone de manera sucinta el impacto que tienen las distintas teorías de la culpabilidad sobre el tratamiento del error, lo que implica un faltante en nuestra doctrina y refuerza nuestra tesis relativa a enfocar la dogmática penal mexicana hacia temas de esta envergadura. Roxin expone:

En la jurisprudencia y literatura alemanas predomina la llamada 'teoría restringida de la culpabilidad', la cual trata de actuar bajo una suposición errónea de circunstancias justificantes de manera análoga al error de tipo, y admite una exclusión de dolo, o sea, eventualmente lleva a la punibilidad por imprudencia. En los ejemplos que he expuesto, esto lleva a la siguiente solución: si alguien derriba a otro para anticiparse erróneamente a un supuesto ataque, se excluye una punición por lesiones dolosas. Pero debe admitirse una lesión corporal imprudente cuando el autor pudo haber reconocido que el supuesto atacante no quería dispararle sino solamente quería mostrarle el arma. También aquél que dispara al atacante creyendo que esto sería necesario para defenderse, no puede ser penado por lesiones u homicidio doloso.

⁴²⁹ Fletcher, George P., *Op. cit.*, *Conceptos Básicos...*, pp. 234 – 235.

⁴³⁰ Roxin, *Op. cit.*, *Problemas actuales*, p. 142.

Nuevamente entra aquí en consideración solamente una punición por un hecho imprudente cuando tuvo que haber sido claro para él que el ataque podía rechazarse de una forma menos dañina. Igualmente en mi tercer ejemplo se descarta una punición por violación dolosa de las disposiciones del tráfico rodado; cuando su infracción imprudente, como ocurre por regla general, no es punible, queda entonces impune el autor que quiere realizar un rescate.

Se denomina a esta doctrina, la 'teoría restringida de la culpabilidad' porque según ella el error sobre circunstancias justificantes no es tratado —como el error de prohibición— como problema de la culpabilidad, sino como una cuestión del dolo del tipo. Es difícil de entender la denominación. Pero dado que ha obtenido carta de ciudadanía en la discusión científica, debería reconocérsela. Objetivamente, considero que es correcta la teoría restringida de la culpabilidad, o sea el tratamiento del error sobre circunstancias justificantes, de manera análoga al error de tipo.⁴³¹ ⁴³² [...] el autor se equivoca, en igual medida, sobre los presupuestos del injusto y queda sometido a una falsa evaluación de la situación. Por ello es razonable tratar ambos errores de igual forma como excluyente del dolo.

En segundo lugar, también debe considerarse como excluyente del dolo la suposición errónea de circunstancias justificantes porque las representaciones del autor sobre lo justo y lo injusto, en tal caso, son plenamente conformes a derecho. Así, cuando, en mi primer ejemplo, la víctima hubiera estado a punto de disparar al autor, a éste le hubiera estado permitido disparar al primero. Pero no puede ser que se trate como criminal doloso a quien orienta su conducta en ideas plenamente correctas sobre lo justo y lo injusto. Lo que se puede reprochar al autor,

⁴³¹ *Ibidem*, pp. 142 – 143.

⁴³² Dicho autor soporta sus argumentos con la siguiente ejemplificación: "A favor de esta doctrina hablan dos argumentos básicos. En primer lugar, este error, como el error de tipo, es un error sobre los hechos. El autor no erra primariamente en cuanto a la prohibición, sino que no ve la realidad correctamente, no está 'al tanto'. Por ello, en el error sobre circunstancias justificantes se habla de un 'error de tipo permisivo' porque el autor, si bien no se equivoca sobre el tipo en el sentido de 'tipo delictivo', sí lo hace en cuanto al 'tipo' de una proposición permisiva —por ejemplo de la legítima defensa. Ahora bien, dado que el injusto penal se compone de la realización del tipo delictivo y de la falta de circunstancias justificantes como dos componentes de igual rango, resulta razonable tratar la suposición errónea de circunstancias justificantes de igual manera que el desconocimiento de circunstancias que constituyen el tipo delictivo." Roxin, *Op. cit.*, *Problemas actuales*, pp. 143 – 144.

en todo caso, es una falta de atención, un desconocimiento de los hechos. Pero éste es un típico reproche de imprudencia.^{433 434}

⁴³³ Roxia, *Op. cit.*, *Problemas actuales*, p. 145.

⁴³⁴ Frisch señala sobre estos aspectos: "Por lo que respecta, en primer término al aspecto *sistemático* de las repercusiones del error, está claro que una concepción que determine el injusto objetivamente y relegue a la culpabilidad la referencia interna del autor al hecho sólo puede considerar relevante este error para la cuestión de la *culpabilidad*, es decir, como un posible motivo de exclusión de la culpabilidad dolosa. Éste era el punto de vista de las antiguas doctrina y jurisprudencia y es defendido todavía por aquellas concepciones que reconocen, en efecto, la existencia de ciertos elementos subjetivos del injusto, pero no consideran el dolo —al menos en el delito consumado— como elemento subjetivo general del injusto.

Por lo contrario, no están de acuerdo en el tratamiento sistemático del error que aquí interesa los partidarios de aquel entendimiento del injusto según el cual el dolo marca ya decisivamente el injusto del delito doloso. Un primer sector trata este error, también desde el punto de vista sistemático, como el error sobre un elemento del tipo: al igual que en dicha clase de error, también habría de quedar excluido el específico injusto doloso en el caso de que se actúe bajo la errónea suposición de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación. El fundamento que se aduce para ello se halla en la equivalencia material de los elementos del tipo y de las causas de justificación. Esta equivalencia material constituye la base de la teoría de los llamados elementos negativos del tipo, que considera las causas de justificación (o sus particulares presupuestos) como elementos negativos del tipo y cualifica como excluyente del dolo la errónea suposición de uno de estos elementos, del mismo modo que si se tratase del desconocimiento de una característica cuya concurrencia viene exigida por el tipo.

También parte de la equivalencia para el injusto de los presupuestos el tipo y de las causas de justificación aquella concepción que, sin apoyarse en la teoría de los elementos negativos del tipo —entre otras razones y no en último lugar, a la vista de los problemas de construcción que dicha concepción presenta—, llega asimismo a la exclusión del injusto doloso: para ella, esta clase de injusto se caracteriza por la decisión en contra del bien jurídico típicamente protegido o por la decisión en un sentido discrepante de las normas de conducta que el Derecho establece; y tal cosa faltaría cuando el autor actúa, según su representación, en una situación en la que le está permitido actuar de este modo, porque una norma permisiva le autoriza tal actuación y, por tanto, caracteriza como no antijurídico su comportamiento. En casos de esta índole la voluntad del autor estaría tan poco dirigida a la realización de un desvalor del resultado (en el sentido de una situación que constituye el objeto de una desaprobación jurídica) como en el caso del error de tipo.

De un modo diferente decide en este punto una segunda variante de aquella concepción que, en línea de principios, se pronuncia en favor de la relevancia del dolo para el injusto y considera el error en el ámbito de los elementos del tipo como motivo de exclusión del injusto doloso: de acuerdo con ella la errónea suposición de los presupuestos de una causa de justificación elimina a lo sumo la *culpabilidad*, pero no el injusto doloso. Para su fundamentación se aportan diversos argumentos. Algunos discuten ante todo la equivalencia de los elementos del tipo y de las causas de justificación; en virtud de ello sólo el tipo debe ser objeto del dolo y, por tanto, si un autor tiene este dolo del tipo, también estaría presente el injusto doloso por el incorporado, aunque hubiese imaginado erróneamente la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación.

Otros utilizan más bien argumentos técnicos relativos a la comprobación y estructuración del sistema, al apelar a que después de la fundamentación del dolo típico y de la antijuridicidad no quedaría ya más posibilidad que la de negar la culpabilidad.

No carecen de importancia, por último, argumentos orientados a las consecuencias. Y así resuena a menudo, de un modo más o menos claro, en los razonamientos a favor de la exclusión tan sólo de la culpabilidad dolosa y no ya del injusto doloso la idea de que sólo así quedaría garantizada la punibilidad del partícipe que —al contrario que el autor— percibe el error de éste: si se considerase el error del autor principal como excluyente del injusto doloso, decaería al mismo tiempo también la punibilidad del partícipe por falta de un hecho principal doloso y antijurídico, esto es, un hecho que muestra el injusto doloso correspondiente. Por el contrario, éste quedaría subsistente si lo que se considera excluido en el autor principal es únicamente la culpabilidad dolosa. Por tanto, materialmente terminan por coincidir respecto del tratamiento sistemático del error sobre los presupuestos de una causa de justificación una parte de los partidarios de la doctrina de la relevancia del dolo para el injusto y los defensores de una doctrina del injusto concebida de un modo ampliamente objetivo.

b) La imagen, así delineada, de las concepciones sobre las repercusiones sistemáticas del llamado error de tipo permisivo se vuelve aún más desconcertante cuando se toman también en

consideración los pronunciamientos acerca de la *solución práctica* de los casos en cuestión, pues de repente se reúnen en este plano concepciones que desde el punto de vista sistemático difieren notablemente, mientras que, por otro lado, aquí divergen concepciones que tienen el mismo punto de partida sistemático. En concreto: la doctrina del injusto generalmente orientada al aspecto objetivo del hecho, antes dominante, que sólo concedía relevancia para la culpabilidad al error sobre los presupuestos de una causa de justificación —y también al error de tipo—, partía casi unánimemente de la idea de que la errónea suposición de una situación justificante sería un error sobre las circunstancias del hecho en el sentido del § 59 StGB, en su antigua redacción, al igual que el error sobre un elemento del tipo, por lo que, del mismo modo que éste, incurriría con carácter general y sin más requisitos de culpabilidad dolosa. Sólo sería posible en tales casos —si se hubiese supuesto de forma imprudente la situación justificante— una punición por imprudencia. Y en esta idea se han mantenido también tras la sustitución del antiguo § 59 por el § 16, párrafo 1º, StGB, los autores que se consideran vinculados aún hoy a esta concepción sistemática. Al mismo resultado llegan aquellos partidarios de la relevancia del dolo para el injusto que asignan una influencia sobre el injusto doloso a la suposición errónea de una situación de justificación: la punición a título de dolo estaría excluida —a causa ahora, ciertamente, de la falta del injusto doloso— al igual que la hipótesis de error sobre un 'genuino' elemento del tipo; únicamente vendría, pues, en consideración una punición por imprudencia —siempre que existiese un tipo culposo correspondiente y se pudiese formular contra el autor un reproche por el error en que hubiera incurrido—. Y también la jurisprudencia, que no acostumbra a pronunciarse sobre cuestiones sistemáticas, llega a esta solución (exclusión del dolo, consiguiente exclusión de la punición por hecho doloso y castigo a lo sumo por imprudencia que usualmente se resume bajo el nombre de *teoría restringida de la culpabilidad*). Si se prescinde del diferente fundamento sistemático, sólo existen vacilaciones en cuanto a la cuestión de si este resultado práctico material se podría fundamentar desde el punto de vista técnico-jurídico a través de una aplicación directa o por analogía del § 16, párrafo 1º, StGB.

Mientras que las concepciones que se acaban de apuntar llegan al mismo resultado práctico desde diferentes puntos de partida sistemáticos o sin pronunciarse a este respecto, ocurre exactamente lo contrario con la que reconocera, en efecto, que el dolo tiene relevancia para el injusto, pero asignan únicamente una influencia sobre la culpabilidad dolosa al error de tipo permisivo. Un primer grupo de entre los representantes de esta concepción sistemática básica —comúnmente denominada *teoría estricta de la culpabilidad*— parte de la idea de que en el caso del error del autor sobre la concurrencia de una situación justificante la única base adecuada para una eventual punición viene constituida, a la vista de la existencia de un injusto doloso, por el delito en cuestión. De acuerdo con ello, el sujeto que yerra es castigado, si se puede formular contra él un reproche por su errónea suposición, como autor del delito doloso correspondiente, aunque (en virtud de la culpabilidad normalmente disminuida en relación con la de un autor que no hubiese incurrido en tal error) con la posibilidad de una atenuación, y sólo en el caso de ausencia de culpabilidad a ese respecto decaería, según este punto de vista, la punición a título de dolo. En cuanto a la fundamentación técnico-jurídica de esta solución, se efectúa una remisión al § 17 StGB, el precepto relativo al error de prohibición; y, por cierto, no sólo porque tal precepto permite, en virtud de las consecuencias jurídicas en él establecidas, la realización del programa material que se acaba de señalar, sino también porque su aplicación resultaría oportuna, ya que, al igual que el autor que yerra ya en general sobre el carácter prohibido o la antijuridicidad de su hecho, también se hallaría esencialmente en un error de prohibición aquel que considera permitida *in concreto* su actuación, a causa de la errónea suposición de una causa de justificación.

El segundo grupo de aquellos autores que querían conceder influencia únicamente sobre la culpabilidad dolosa al error acerca de una situación de justificación ve las cosas de un modo diferente. Este sector de la doctrina, aunque afirma la existencia del elemento fundamental de un delito doloso, el llamado injusto doloso, persigue a propósito del tratamiento práctico ulterior de esta materia una solución que corresponde a la teoría restringida de la culpabilidad: una punición a título de dolo quedaría excluida *ad limine* en tales casos e, incluso si el autor ha errado de un modo culpable sobre la situación de justificación, no habría que tomar en cuenta una punición (aunque fuese atenuada) por un delito doloso, sino tan por uno imprudente. Esto se fundamenta diciendo que el autor que se representa una situación de justificación actuaría subjetiva de un modo fiel al Derecho, pues si fuese correcta su suposición, su conducta se correspondería con el ordenamiento jurídico. Por ello no estaría justificado el reproche que se formula contra el autor doloso: el de haberse apartado de las pautas establecidas por dicho ordenamiento. El único reproche posible, el de haberse representado incorrecta y evitablemente una situación de justificación, no sería otra cosa que el reproche de haber aplicado demasiado poca atención al examen de la situación de hecho o de haber actuado si un examen suficiente de la misma, y no fundamentaría por tanto más que el reproche de una conducta imprudente. Para asegurar desde el punto de vista técnico-jurídico tal resultado, los representantes de esta concepción se apoyan en el § 16, párrafo 1º, StGB. El

Con esta postura entendemos que el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación debe tratarse de manera análoga al error de tipo, sin embargo consideramos que Roxin no le da un valor análogo sino el mismo tratamiento. Sin embargo, a pesar de que el error se funda en una apreciación equívoca de la causa, lo cierto es que el aspecto que motiva al autor para desplegar la acción no es el error sobre ese aspecto sino por la consideración de que su acto está justificado, lo que implica una valoración, errónea sobre la conciencia de antijuridicidad. De otra manera el trato propuesto por el jurista alemán retornaría a los presupuestos de error de hecho y error de derecho. Roxin continúa:

Pero a la opinión dominante expuesta se opone en Alemania otra concepción científica que se conoce como 'teoría estricta de la culpabilidad'. Ella lleva este nombre porque trata el error sobre circunstancias justificantes como un error de prohibición y, con ello, como un problema de la culpabilidad. Por sus resultados finales esto significa: quien derriba a otro opinando erróneamente que éste estaría a punto de dispararle, habría cometido una lesión corporal dolosa. Su falsa representación de los hechos no excluirá el dolo, sino solamente sería un error de prohibición. Este error lleva, en caso de invencibilidad, a la exclusión de la culpabilidad y a la impunidad. Pero si el error era vencible, al autor se le penará por una lesión corporal dolosa, cuya pena de dolo puede, por cierto, ser atenuada.⁴³⁵

precepto no cuadraría ciertamente de un modo directo, ya que sólo vendría a regular el genuino error de tipo. Tampoco se podría aplicar simplemente por analogía –como suponen los defensores de la teoría restringida de la culpabilidad–, puesto que, de acuerdo con el § 16, párrafo 1º, StGB, en el caso del error queda excluido el dolo y, con ello, el injusto doloso, mientras que aquí no se podría decir tal cosa, al faltar únicamente la culpabilidad a título de dolo. Sin embargo –dado que ésta sería imprescindible para poder sancionar por un delito doloso y la culpabilidad existente sólo podría ser retribuida, en cuanto materialmente culposa, en el marco de la imprudencia–, resultaría adecuado adoptar las consecuencias jurídicas del § 16, párrafo 1º, StGB (según las cuales queda excluida la punición por delito doloso y sólo entra en consideración a lo sumo –a saber, en caso de que existan un delito culposo correspondiente y una culpabilidad imprudente *in concreto*– una punición por imprudencia): ésta es la llamada 'teoría (restringida) de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica'. Frisch, Wolfgang, *et al.*, *El error en el Derecho Penal, Ad Hoc*, Buenos Aires, 1999, pp. 43 – 48.

⁴³⁵ Roxin. *Op. cit.*, *Problemas actuales*, p. 144.

Esta postura, más cercana al tratamiento que se da en nuestra legislación, retoma el carácter de error de prohibición, y a la cual nos apegamos, con la salvedad que, quien no tiene conciencia de antijuridicidad, no tiene el dominio del hecho, suficiente para ser reprochado, por lo que la atenuación es sólo una solución que se desprende del carácter lógico que sigue la metodología de la dogmática penal. Roxin señala:

La teoría estricta de la culpabilidad solamente admite un error de prohibición y, en caso de su vencibilidad, pena al autor por un hecho doloso. La teoría estricta de la culpabilidad invoca tres argumentos para oponerse a la opinión dominante.

El primero se basa en la opinión defendida por la llamada teoría final de la acción, según la cual el dolo, ontológicamente, sólo puede consistir en la dirección del curso causal hacia un objetivo determinado. Cuando el autor para aclarar esto usando solamente mi primer ejemplo conociendo y queriendo derriba a golpes al supuesto agresor, ha dirigido el curso causal de igual forma como correspondía a su objetivo, y esta circunstancia por sí sola fundamenta el dolo. Todas las demás representaciones erróneas solamente pueden según esta doctrina ser tratadas como errores de prohibición.

El segundo argumento se apoya en consideraciones de merecimiento de pena. Quien erróneamente supone circunstancias justificantes, sabe después de todo, en mi ejemplo inicial, que está derribando a golpes a un ser humano y, con ello, realiza un tipo delictivo. Él tiene que haber tomado este saber como motivo para examinar de manera especialmente cuidadosa si realmente están dadas las circunstancias en las cuales se basa su justificación. Sino tuviera este cuidado, según esta doctrina, se hace merecedor de pena en mayor medida y se ha ganado la pena prevista para el dolo.

El tercer argumento invoca los vacíos de punibilidad. Dado que la comisión imprudente sería punible solamente en pocos delitos (sobre todo en el homicidio y en las lesiones corporales), desde el punto de vista de la teoría restringida de la culpabilidad el autor que actúe bajo error vencible no podrá, en la mayoría de los casos, ser penado. En mi tercer ejemplo, la lesión de disposiciones de tráfico rodado cometida suponiendo erróneamente que esto sería necesario para salvar una vida humana, tendría que absolver al autor de la infracción culposa de estas disposiciones no estuviera conminada con pena. Según el Derecho alemán, también resultan impunes, por ejemplo, los daños imprudentes a los bienes. Así, cuando alguien oye un grito espantoso proveniente de un departamento y rompe los cristales de una ventana para penetrar en él e impedir un hecho violento lo que estaría justificado por el estado de necesidad, podría él, siguiendo la opinión dominante, no ser penado cuando, a consecuencia de su falta de atención, no hubiera reconocido que en el apartamento no tenía lugar ningún hecho violento, sino los ocupantes solamente estaban realizando prácticas declamatorias. Según la teoría estricta de la culpabilidad, aquí es posible una punición por daños dolosos (con culpabilidad atenuada).

Los tres argumentos son discutibles, pero en última instancia, tampoco convencen. En lo que respecta al primer argumento, debe oponérsele que no existe un concepto ontológico de dolo previo al derecho como ley del ser. Solamente depende de decisiones valorativas de política criminal el determinar qué circunstancias debe haber conocido o no debe haber admitido el autor a fin de ser penado como autor doloso. Pero estas decisiones valorativas dice, como ya se ha expuesto, que no está permitido juzgar como infractor doloso del derecho a aquél cuyas concepciones jurídicas armonizan con las del legislador.⁴³⁶

Si bien el sujeto orienta la acción, y de acuerdo con la teoría de la acción final, que ubica al dolo dentro del tipo, se trata de una conducta que si

⁴³⁶ Roxin, *Op. cit.*, *Problemas actuales*, pp. 145 - 146.

es vencible no puede quedar sin sanción, lo cierto es que castiga "con la atenuación" actos que implican una conducta de esencia culposa, por tratarse de un acto, que si el sujeto hubiera guardado la precaución necesaria o bien no hubiese actuado con imprudencia, negligencia, falta de cuidado, etcétera, no hubiera sido reprochado. Esto es, se atenúa una pena utilizando como fundamento aquellas características que dibujan al acto culposo. En tal sentido, nosotros sostenemos que para el caso de un error de prohibición vencible, sólo se le puede aplicar la pena, si en el caso específico el delito admite esta forma de comisión, es decir, sólo aquellos tipos que admiten la forma de comisión a título de culpa.⁴³⁷ De otro modo sólo se aplica una pena "atenuada" con el fin de castigar el acto doloso *per sé*. Para que un acto pueda

⁴³⁷ Trapero Barreales escribe: "En alguna ocasión se ha definido la causa de justificación putativa como el error seriamente fundado del sujeto de hallarse en una situación que corresponde a la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación (por ejemplo la legítima defensa). En tal caso, el sujeto cree obrar legítimamente y en conclusión el hecho no será punible por ausencia de dolo por ser un error esencial de hecho.

Frente a esta interpretación pueden hacerse las siguientes observaciones críticas:

-Si estamos ante un supuesto de error seriamente fundado sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación habremos de concluir que no sólo el dolo, sino la imprudencia será excluida, tanto si tal error se funda seriamente desde una perspectiva objetiva (el criterio del hombre medio ideal aplicado a la vencibilidad o invencibilidad del error) como si es subjetivamente fundado. Estas distinciones entre el error objetivamente vencible o invencible, error objetiva-subjetivamente vencible o invencible no son necesarias desde el momento en que el dolo y la imprudencia forman parte de la culpabilidad y, por tanto, incluyen los aspectos individuales concretos del sujeto que actúa en sus premisas. Tales diferenciaciones si tendrán relevancia para el sector doctrinal que defienda la concepción personal del injusto y la teoría limitada de la culpabilidad, pues el error vencible o invencible sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación se medirá desde los criterios objetivos, teniendo eficacia en al culpabilidad el caso de error objetivamente vencible, pero subjetivamente invencible.

-Para que el sujeto pueda ampararse por la causa de justificación putativa es necesario que actúe con el presupuesto subjetivo de justificación, entendido no sólo como actuación con voluntad de actuar amparado por la causa de justificación, sino como creencia de obrar legítimamente. Esto significa entonces que el doble error sobre los presupuestos objetivos de justificación y la valoración jurídica de la situación subjetivamente representada da lugar a considerar irrelevante el primer error, solución que no se admite en el caso de error directo de tipo y error inverso de prohibición respecto de la conducta representada subjetivamente por el sujeto que no es antijurídica objetivamente, pues en este caso el error inverso de prohibición no se castiga, sin embargo en al combinación del error directo sobre los presupuestos objetivos de justificación y error inverso sobre la valoración del hecho representado da lugar a considerar irrelevante tal error por faltar el presupuesto subjetivo de justificación -ya que en este caso el sujeto no cree estar obrando legítimamente-, y se castiga, en consecuencia, por delito doloso consumado.

-Finalmente, se considera como un error esencial de hecho. Sin embargo, no es un error sobre elementos ficticios desde el momento en que se pide al sujeto que realice una valoración jurídica sobre tal situación putativa representada, lo que tendría que calificarse entonces como un error de Derecho." *Op. cit.*, *El error...*, p. 114.

ser motivo de un juicio de reproche consideramos necesaria la concurrencia entre dolo y conocimiento de la antijudicialidad.^{438, 439}

A pesar de ello, Roxin insiste en que pudiera existir un vacío de punibilidad:

Finalmente también debe discutirse que admitir una exclusión del dolo deba llevar a vacíos de punibilidad, los cuales solamente podrán ser cerrados mediante una punición por dolo. Ciertamente es correcto que los tipos imprudentes han sido mayoritariamente creados a la medida de la imprudencia típica. Pero no existen causas razonables de por qué tenga que pensarse indispensablemente la 'imprudencia de la justificación' allí donde la 'imprudencia típica' es impune. Tomemos solamente mi último ejemplo de la violación de domicilio por parte del agente ejecutor, al penetrar en el departamento equivocado cree erróneamente en el acuerdo del titular del domicilio, le falta el dolo del 'penetrar', o sea el dolo típico, de manera que quedará impune en cualquier caso porque la ley no conoce una violación de domicilio

⁴³⁸ Roxin establece sobre este particular: "Tampoco resiste a la crítica la tesis de que un merecimiento de pena, especialmente elevado en relación con la imprudencia típica, de la pena de dolo resultaría del conocimiento de la realización típica. Y es que se deroga el efecto inhibitorio que impide normalmente una realización del tipo cuando el autor cree estar justificado por una proposición permisiva. El agente ejecutor que, con fines de ejecutar una garantía penetra en un departamento ajeno, no tendrá ninguna inhibición especial proveniente de saber que está cometiendo una violación de domicilio típica. Si, a consecuencia de un descuido, penetra en el departamento equivocado, esto no es más merecedor de pena que cualquier otra imprudencia, luego en este caso queda impune. Por otro lado existen muchas conductas cuya gran peligrosidad resulta fácilmente visible incluso sin realización del tipo. Quien enciende un fósforo o una vela en un granero repleto de paja, o quien juguetea frente a otra persona con un arma cargada o con explosivos, sabe que así puede ocurrir fácilmente una tragedia, pero solamente se le penará por imprudencia cuando por ligereza cause el resultado. No se alcanza a ver por qué debería merecer más pena la suposición errónea de circunstancias justificantes." Roxin, *Op. cit., Problemas actuales*, p. 146.

⁴³⁹ Frisch señala: "Situada, hasta cierto punto, entre la teoría estricta de la culpabilidad y la teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica, se encuentra la teoría *no autónoma* de la culpabilidad de Jakobs. Dicha teoría parte, como la estricta de la culpabilidad de que quien actúa en error de tipo permisivo no sólo realizaría un injusto doloso, sino que cargaría también sobre sí —en caso de evitabilidad del error— la culpabilidad del hecho doloso. Sin embargo, niega la adecuación de la consecuencia jurídica admitida por la teoría estricta de la culpabilidad: la mera atenuación del marco unitivo de acuerdo con el §49, párrafo 1º, *StGB*, podría conducir a (mínimos de) penas que serían tan poco adecuadas a la medida, progresivamente descendente, de evitabilidad del error, como a las circunstancias de que las razones para la impunidad de la imprudencia alcanzan también en ciertos casos a la suposición errónea de una situación de justificación. Estas objeciones sólo podrían ser atendidas reduciendo la punición del que actúa en error de tipo permisivo a la pena de la imprudencia, esto es, castigando únicamente si es punible también la conducta culposa y tomando la pena del marco de la imprudencia." Frisch, Wolfgang, *et al., El error en el Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p 50.

imprudente. ¿Por qué sería entonces necesaria una punición del agente ejecutor si su error se limita a confundir los departamentos? O pensemos en el caso formulado anteriormente de alguien que rompe una ventana para impedir un hecho violento que erróneamente supone se estaría cometiendo adentro. Si resulta impune aquél que por falta de cuidado rompe el cristal de una ventana ajena, no necesita ser penado aquél que hace eso debido a que ha supuesto erróneamente la existencia de una situación de emergencia. Al contrario: con más razón no existe aquí ninguna necesidad de pena pues el autor, después de todo, estaba guiado por un motivo noble.⁴⁴⁰

Nosotros consideramos que, independientemente del fin del sujeto, la sola estructura dogmática no admite un tratamiento diferenciador en los tipos que, no admitiendo la comisión a título de culpa, se les pretenda dar una pena atenuada por circunstancias que integran la comisión de manera culposa.⁴⁴¹ Frisch destaca algunos tópicos sobre esta especie:

Las diferencias en cuanto a las soluciones prácticas que se acaban de referir no deberían ser subestimadas. Únicamente quedan sin efectos prácticos tales divergencias en el supuesto de alta de reprochabilidad del error, ya que aquí todas las concepciones llegan a los mismos resultados, aunque sea apoyándose en diferentes regulaciones legales y con una fundamentación completamente distinta respecto del elemento del delito excluido en cada caso. Cuando el error es reprochable, existen

⁴⁴⁰ Roxin, *Op. cit.*, *Problemas actuales*, pp. 147.

⁴⁴¹ "El resultado final es entonces el siguiente: la suposición errónea de circunstancias justificantes debe ser tratada de manera análoga al error de tipo y no al error de prohibición. Esto hace que sean necesarias diferenciaciones cuidadosas en los errores que se refieren a la antijuricidad. Solamente excluye el dolo 'error sobre el tipo permisivo', o sea el caso de que el autor se represente hechos que, si existieran, justificarían su conducta. Por el contrario subiste el dolo, y, tal como ya se ha expuesto sólo se presenta un error de prohibición cuando el autor cree estar justificado porque, en su representación, extiende demasiado los límites de una causa de justificación ('error sobre los límites de la causa de justificación'). Para mostrarlo otra vez con un ejemplo práctico: quien erróneamente cree que está siendo atacado y recurre contra esto a medidas penalmente típicas, que sobre la base de sus representaciones son necesarias para repeler el ataque, actúa sin dolo. Por el contrario, quien, en una situación real de legítima defensa, supone que con su reacción estaría permitido ir más allá de la medida de lo necesario para repeler el ataque, actúa dolosamente y solamente se encuentra bajo un error de prohibición." Roxin, Claus, *Op. cit.*, *Problemas actuales...* p. 148.

por el contrario, más allá de las divergencias sistemáticas y de las distintas fundamentaciones técnico-legales, importantes diferencias en los resultados. Y ello no sólo porque el Derecho penal actualmente vigente en Alemania castigue de forma mucho más severa el delito doloso que el imprudente y porque el marco penal del delito doloso, decisivo según la teoría estricta de la culpabilidad, supere por tanto, a menudo de modo relevante, el del correspondiente delito imprudente, en el caso de que éste exista, aunque se tome en consideración la posibilidad de atenuación legalmente prevista por el § 17, párrafo 2º, StGB. La llamada teoría estricta de la culpabilidad, que conduce a la aplicabilidad de los delitos dolosos, es también considerablemente más severa en sus consecuencias que la solución, preferida por la opinión dominante (también en la jurisprudencia), de acudir tan sólo a la punición por imprudencia, porque llega en todo caso de error culpable a una punición por imprudencia, porque llega en todo caso de error culpable a una punición (dado que siempre hay un delito doloso disponible), mientras que una solución que únicamente permita sancionar según las máximas vigentes para la imprudencia desemboca muchas veces en la impunidad, pues el vigente Código penal alemán sólo conoce unos pocos delitos culposos.⁴⁴²

No coincidimos en que aplicar la pena en caso de que el tipo admita la comisión culposa sea desembocar en impunidad, entendida ésta como la necesidad de sancionar un acto pero que la ley no lo permite, pues para tal efecto, la misma ley sanciona actos, aun cuando éstos se hayan cometido por imprudencia. Fletcher señala:

Para responder a estas cuestiones, la doctrina y la jurisprudencia ofrecen cuatro soluciones diferentes, que seguidamente vamos a analizar:

A) *La justificación putativa como exclusión del dolo.*

⁴⁴² Frisch, Wolfgang, et al., *Op. cit.*, *El error en el Derecho Penal...*, p. 51.

Esta es una postura sorprendente influyen que ha ganado considerable apoyo en el Derecho Inglés, en el canadiense y en el alemán. Ningún caso puede ilustrar mejor las ventajas e inconvenientes de esta teoría que el fallado en Inglaterra por la Cámara de los Lores a mediados de los años 70. Se trataba de un sujeto que le dijo a unos amigos en el bar donde estaba tomando unas copas que a su mujer, que lo esperaba pacientemente en su casa, le gustaba ser forzada sexualmente, aunque aparentemente se opusiera a ello. Y para demostrarlo se fue luego con los amigos a su casa y allí estos violaron a la mujer a pesar de las protestas y de la resistencia que ésta opuso. En primera instancia, tanto el marido como los amigos fueron condenados por violación. Pero los amigos recurrieron alegando que ellos creyeron de buena fe que la mujer, a pesar de sus protestas, consintió en tener acceso carnal. La Cámara de los Lores sorprendentemente admitió el recurso y dio por buena la alegación presentada por los recurrentes.⁴⁴³

El argumento, aunque poco verosímil, sirvió para alcanzar el resultado señalado. Al llegar a este punto, el examen que hacemos de la figura en particular nos podría desviar hacia la discusión sobre el sistema legal invocado por Fletcher, pues en el caso que señala, como en el correspondiente de Goetz, el sistema jurídico tiene que ver de manera toral con el resultado, pues sin hacer la digresión que advertimos, podemos establecer que el sistema del *Common Law* permite la interpretación más amplia posible, saliéndose en ocasiones de los alcances que pudiera tener el sistema romano germánico en el que se funda nuestra dogmática y cuyo sentido, cada vez, y por fenómenos globalizadores, se aproxima al referido sistema. Fletcher continúa:

Los jueces consideraron que los acusados no hubieran llegado al acceso carnal si no hubieran creído, aunque fuera de forma irracional, que la mujer efectivamente consentía. El problema era que ni en la

⁴⁴³ Fletcher, George P., *Op. cit.*, *Conceptos Básicos...*, p. 235.

definición tradicional, ni en la legal del delito de violación se dice nada respecto al dolo requerido en este delito.

Las mujeres se sintieron obviamente ultrajadas con esta decisión: un grupo de hombres revestidos de la autoridad que le confieren su posición de jueces deciden que es suficiente para absolver a un grupo de marinos borrachos de un delito de violación con que estos crean que la mujer, a pesar de protestas, <<quería hacerlo de esta manera>>. Pero todavía más sorprendente es el apoyo que esta decisión tuvo en muchos sectores académicos. Así, por ejemplo, poco después de pronunciada dos eminentes catedráticos de Derecho penal ingleses escribieron en el *London Times* sendos artículos defendiéndola expresamente. También en Canadá se ha aceptado este precedente judicial inglés. E incluso en Inglaterra, a pesar de que posteriormente se ha regulado expresamente el problema del error sobre el consentimiento en los casos de violación, todavía los Tribunales han seguido aplicando el mismo principio en casos de error sobre los elementos fácticos de la legítima defensa; por ejemplo, en el caso en el que el sujeto cree que está siendo atacado cuando en realidad no es así.⁴⁴⁴

La absolución en lugar de la atenuación, ocurre, toda vez que el delito de violación, sólo puede cometerse a título de dolo, y, no admitiendo la forma culposa, no habría motivo para castigar, a través de esa fórmula que rompe con la lógica de la dogmática que es atenuar, donde el tipo no sanciona otra cosa que no sea la comisión dolosa. Sobre este fundamento establecemos en este trabajo nuestra propuesta para que sólo en aquellos tipos penales donde se admite la culpa, se sancione al error de prohibición vencible. Pues no encontramos fundamento para la atenuación en los términos actualmente conocidos.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ Fletcher, George P., *Op. cit.*, *Conceptos Básicos...*, p. 236.

⁴⁴⁵ Fletcher señala: "Los penalistas alemanes llegaron a la misma conclusión que el Tribunal inglés en el caso *Morgan*, pero siguiendo su propio razonamiento, que es todavía menos convincente si cabe. La

4.2.2.1. "La defensa putativa" y el caso Goetz

El joven penalista Enrique Díaz Aranda hace los siguientes apuntes sobre la llamada defensa putativa. Con estos comentarios se complementa el tema iniciado desde el apartado anterior:

Quando el sujeto actúa con dolo típico pero con la creencia de que concurre una causa de justificación, como sucede en la legítima defensa putativa, se plantea el problema de si esto es un error de tipo, error de prohibición u otra clase de error ubicado en la culpabilidad.

Si partimos de las bases desarrolladas en la presente obra al considerar la conducta típica como una conducta prohibida y concebir a las causas de justificación como circunstancias que justifican un hecho prohibido y, en consecuencia, rechazando la idea de considerarlas como permisiones que excluyen la prohibición de la conducta, entonces no

opinión dominante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina alemanas es que debe aplicarse en estos casos el art. 16 del Código penal alemán que regula el llamado error de tipo; considerando, por tanto, que el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación también niega el dolo del tipo de delito en cuestión. Para ello la única razón que en mi opinión se puede aducir es que la mente del sujeto que así actúa es pura. Así, por ejemplo, dice uno de los teóricos más importantes del Derecho penal alemán, Claus Roxin: <<Lo que el sujeto quiere hacer en este caso es jurídicamente inobjetable, no sólo desde su punto de vista subjetivo, sino desde el punto de vista objetivo del legislador>>.

Los partidarios de esta opinión destacan rápidamente que si el error del sujeto no es razonable, siempre puede venir en consideración una responsabilidad por imprudencia. Pero esta solución no es aplicable en los casos de agresión sexual, no en los de tentativa de homicidio, que sólo son punibles en su forma de comisión dolosa. Lo que tanto en Inglaterra, como en Alemania, significa que el acusado, en casos como el antes citado fallado por la Cámara de los Lores, debe ser absuelto. La evidente injusticia que esto supone es suficiente para rechazar una teoría que muestra excesiva simpatía por sujetos como los acusados en el caso *Morgan*.

La falacia implícita en la posición defendida en Inglaterra y Alemania es que no tiene en cuenta que en estos casos el sujeto invade intencionalmente los intereses protegidos de las víctimas. En el caso *Morgan* hubo una víctima que sufrió y fue violada. En los casos de homicidio en los que el sujeto que mata cree que va a ser agredido injustamente, el resultado es una víctima inocente muerta como consecuencia del error del que creyó que actuaba en legítima defensa. En todos los casos de justificación putativa, el que actúa lo hace sabiendo que lesiona intereses protegidos de otra persona. En el caso de *Morgan*, los acusados forzaron intencionalmente al presunto agresor. No puede ignorar esta invasión intencional y tratar la justificación putativa como un factor que niega el dolo exigido por el respectivo tipo delictivo." Fletcher, George P., *Op. cit. Conceptos Básicos...*, pp. 236 - 237.

podemos considerar al error sobre las causas de justificación como un error de tipo ni como un error de prohibición.⁴⁴⁶⁻⁴⁴⁷ En efecto, no estamos ante un error de tipo porque el autor obra con dolo dado su conocimiento de la realidad circundante en la que actúa, siendo que su error recae sobre la justificación de su conducta prohibida. Por esta razón tenemos que resolver el problema a nivel de culpabilidad sin poderlo denominar o clasificarlo como una especie del error de prohibición, porque el sujeto sabe, por ejemplo, que la ley prohíbe matar, y por tanto conoce la norma prohibitiva, pero las circunstancias lo llevan a pensar que está justificada su conducta.

La postura que sostenemos tiene total apego a lo dispuesto en el inciso b), fracción VIII, del artículo 15 de nuestro C.p., que dispone:

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

⁴⁴⁶ Ésta es la solución ofrecida por Mir Puig al señalar que en los casos de suposición errónea invencible (como la legítima defensa putativa) se excluye el desvalor de la conducta (*ex ante*), y aunque queda subsistente el desvalor del resultado, no sólo se debe considerar que la conducta no es antijurídica sino que también es atípica. Sin embargo, por esta vía de interpretación tendríamos que sostener que en el caso de que esa suposición errónea sea "vencible" tendríamos que resolver el problema a nivel de tipo particular en el dolo, por lo cual estaríamos ante un error de tipo vencible que sistemáticamente deja subsistente la culpa, pero con ello sistemáticamente al estar en los terrenos del tipo no sólo tendríamos que volver a la valoración de ese mismo hecho en la antijuricidad, sino a su valoración respecto del autor en la culpabilidad. ¿Qué reproche vamos a realizar al sujeto que ha actuado de esta manera?. Lo cierto es que los supuestos de error sobre la concurrencia de una causa de justificación se deben resolver en la culpabilidad porque consisten propiamente en un juicio sobre el autor para determinar la reprochabilidad de su conducta. Citado por Díaz Aranda, Enrique, *Op. cit., Teoría del delito* ..., p. 395.

⁴⁴⁷ Sin embargo, la explicación para excluir a esta especie del error de prohibición no resulta tan clara, de tal manera que no es posible rechazar su argumentación.

Para empezar, el inciso b) se refiere al error respecto de la ilicitud de la conducta, e inmediatamente después utiliza comas para aclarar lo que se entiende por error sobre la ilicitud, y una vez cerradas esas comas se refiere al error sobre la concurrencia de una causa de justificación. De lo anterior podemos obtener las siguientes conclusiones:

1) El legislador mexicano no concluyó el error sobre la concurrencia de las causas de justificación en el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 del Cp., por lo cual no lo considera un error de tipo.⁴⁴⁸

2) El legislador mexicano divide en el inciso b) el error sobre la ilicitud de la conducta de aquel en el que el sujeto cree erróneamente que obra amparado por una causa de justificación.

3) Entonces, el legislador mexicano crea dos conceptos de error por los cuales se puede excluir o disminuir la culpabilidad del autor, y eso se traduce en la exclusión o disminución del reproche, lo cual se verá reflejado en la exclusión de la aplicación de la pena o en su disminución.

Así, quien mata al asaltante cuya pistola era de juguete (legítima defensa putativa) sabe que está privando de la vida a otro, y, por tanto, esta obrando con dolo; su error, por tanto, no recae sobre el tipo, sino sobre las circunstancias que justificarán su conducta.⁴⁴⁹

Luego, bajo ese razonamiento, nosotros distinguimos que esa creencia sobre la justificación del hecho se funda en un error sobre la prohibición de que está revestida la conducta desplegada y, entonces, ese error sobre la justificación se haya inserta como una especie del error de prohibición. De modo tal que rechazamos una tercera especie de error a la par de los errores de tipo y de prohibición. Díaz Aranda continúa:

⁴⁴⁸ Cuyos efectos además son otros, como son la imputación del resultado a título de dolo en el supuesto de error de tipo vencible.

⁴⁴⁹ Díaz Aranda, Enrique. *Op. cit.*, *Teoría del delito...*, p. 396.

Quienes sostienen la teoría de los elementos negativos del tipo no enfrentan problema alguno, porque en estos supuestos consideran que la conducta de matar en legítima defensa no está prohibida, sino permitida, y, por tanto, quien actúa creyendo que concurren las circunstancias de la causa de justificación está obrando con un error de prohibición porque creen que su conducta estaría permitida y no prohibida.

Pero como nosotros no adoptamos esa postura doctrinal tenemos que recurrir a otra vía para solucionar estos problemas bajo lo que hemos denominado como error de prohibición sobre las causas de justificación, y que excluye o disminuye la culpabilidad del autor en el sistema funcionalista social que hemos desarrollado.⁴⁵⁰

No podemos considerar en la disminución de la pena, pues, como hemos visto líneas arriba, no es sino un fin para evitar acciones que socialmente son reprochables, pero que por sistema no encuentran cabida en un sistema basado en la lógica. Un caso que ha ilustrado a la dogmática penal, tanto del sistema jurídico que seguimos como del *Common Law*, sin duda ha sido el famoso "caso Goetz". Carlos Parma, jurista argentino, lo describe así:

En el año 1967 se dilucidó en el Estado de New York uno de los casos judiciales más famosos en materia de error.

El ingeniero Bernhard Goetz, de 37 años de edad, era un temeroso ciudadano. Motivado por reiterados robos, y luego de haber sido golpeado en el riesgoso metro de New York, Goetz compra una pistola, con la idea de defenderse ante el próximo ataque. El día 22 de diciembre de 1964 toma el metro en la Street 14, va sentado en un vagón donde se encuentran aproximadamente 20 personas, entre ellas, hay 4 jovencitos de raza negra (con antecedentes policiales) que llevan destornilladores para hacer algunas pilerías en la zona del Soho y alrededores, con las máquinas de videojuegos. Estos jóvenes van haciendo chistes, moviéndose y conversando en voz alta. En éste contexto, tres jóvenes se acercan a Goetz y le piden dinero, éste saca el arma y dispara contra "los supuestos cacos". Se sabe que luego de huir la gente en la parada próxima, el ingeniero ejecuta un tiro contra uno de los jóvenes que se arrastraba hacia un rincón.

Goetz se entregó a la policía 9 días después. Uno de los jóvenes quedó parálítico, los tres restantes con lesiones de gravedad.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ Díaz Aranda, Enrique, *Op. cit.*, *Teoría del delito*...., p. 397.

⁴⁵¹ Cfr. <http://www.carlosparma.com.ar/legitimadefensaputativa.doc>. Cabe señalar que en el libro de Fletcher sobre el particular se reseña el resultado de un juicio civil seguido en contra de Goetz así como

DISPAROS EN EL METRO

El 22 de diciembre de 1984, el sábado antes de Navidades, alrededor de las 1,00 (p.m.), Bernhard Goetz sale de su apartamento situado en el número 55 de la calle 14 Oeste de la ciudad de Nueva York y camina hacia la estación del Metro que hay en la esquina de la calle 14 con la Séptima Avenida. Penetra en uno de los trenes de la línea 2 que atraviesa la ciudad descendiendo hacia el centro, y se sienta junto a cuatro jóvenes de raza negra. Estos jóvenes, con la típica apariencia de la gente de los suburbios urbanos, son ruidosos y alborotadores, y los 15 ó 20 pasajeros restante se han desplazado al otro lado del vagón. Goetz es blanco, tiene 37 años, de constitución débil, va vestido con vaqueros y cazadora y es de aspecto apocado. Algo en su apariencia llama la atención. Uno de los cuatro jóvenes, Troy Canty, tendido casi en uno de los asientos cerca de la puerta, pregunta a Goetz, cuando éste entra en el vagón, <¿cómo estás?>. Canty y posiblemente un segundo joven, Barry Allen, se aproximan luego a Goetz, y Canty le pide cinco dólares. Goetz le pregunta qué quiere. Canty repite: <dame cinco dólares>⁴⁵³. Repentinamente, en el vagón en marcha resuenan unos disparos, dirigidos a los jóvenes negros.

A partir de este momento el relato es confuso. Según su posterior confesión, Goetz hace una pausa, dirige a otro joven sentado en un asiento de dos plazas cerca del puesto del conductor al final del vagón, lo mira y dice: <tú pareces estar bien; ahí va otro>⁴⁵⁴, y dispara el quinto tiro que deja vacío su revólver de cinco balas del calibre 38, marca Smith E. Wesson. La bala entre en el cuerpo de Darrell Cabey por el lado izquierdo, le atraviesa la espalda y se incrusta en la espina dorsal. Hay otras interpretaciones de estos hechos, particularmente, que Goetz hirió a Cabey en el cuarto disparo y no con el quinto, pero en los días siguientes al tiroteo estas versiones no estaban muy difundidas.

Alguien tira de la señal de alarma y el tren se detiene. Los pasajeros salen huyendo del vagón, aunque dos mujeres permanecen sentadas inmobilizadas por el miedo. Goetz dice algunas palabras tranquilizadoras a las asustadas mujeres. Luego llega el conductor y le pregunta si es policía. Goetz replica <querían robarme>. Se niega a entregar la pistola y tranquilamente se va hacia la parte frontal de vagón, se pone en la plataforma que hay entre

de datos que permiten ampliar la discusión del problema: "El veredicto trajo consigo la prisa por interpretar su significado. Los líderes políticos y periodistas negros protestaron contra el veredicto al considerarlo expresión de hostilidad contra su raza.

2 septiembre 1990

En su declaración en el proceso civil planteado por Cabey, Goetz se retracta de su anterior declaración, contradiciendo la que dio ante la policía de New Hampshire: <Me puse directamente frente al otro, le metí la pistola en las costillas y volví a apretar el gatillo diciendo: <No pareces tan malo, aquí hay otro>. Admite también que hubo prejuicios raciales en su ataque y dice a sus vecinos: <La única forma que tenemos de limpiar las calles es acabar con los hispanos y los negros>." Fletcher, George P., *En defensa propia. (sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales)*, Tirant lo Blanch [trad. Francisco Muñoz Conde y Fernando Rodríguez Marín], Valencia, 1992, p. 359.

⁴⁵² La amplitud en la descripción permite tener un marco referencial más preciso, sobre todo, cuando la primera descripción interpreta los hechos en lugar de describirlos. N. del A.

⁴⁵³ En la semana siguiente del suceso, hubo diferentes versiones de lo que sucedió. Así, por ejemplo, en el *New York Times* de 24 de diciembre de 1984, se narraba que antes de disparar Goetz dijo: <Tengo cinco dólares para cada uno de vosotros>. Pero en una de las declaraciones realizada por Goetz el 31 de diciembre de 1984, éste insistía en que sólo dijo: <tengo cinco dólares para ti>; véase la transcripción de la declaración recogida en el video, p. 38.

⁴⁵⁴ Hay dos declaraciones. En la que fue recogida en audio, realizada el 31 de diciembre ante la policía de New Hampshire, dice: <pareces estar-haciéndolo- bien; aquí hay otro>. Y en la declaración recogida en video, realizada la misma tarde ante las autoridades de New York, dice: <pareces estar bien; aquí hay otro>. La pequeña diferencia entre una y otra expresión se indica en el texto poniendo entre paréntesis la palabra <haciéndolo>.

los vagones, suelta tranquilo la cadena de seguridad salta a los rieles y desaparece en la oscuridad del túnel. Tres adolescente negros quedan ensangrentados en el suelo del tren; Darrell Cabey está herido y permanece herido y paralizado en el asiento último.⁴⁵⁵

Para establecer la mecánica de los acontecimientos es preciso establecer que dicho juicio fue resuelto (para declarar culpable o no de los cargos) por un jurado compuesto por representantes de la sociedad.⁴⁵⁶ Esta circunstancia nos remite a lo que establecimos líneas arriba respecto de la forma de solucionar un asunto penal en los sistemas jurídicos en los que

⁴⁵⁵ Fletcher, George P., *En defensa propia, (sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales)*, Tirant lo Blanch (trad. Francisco Muñoz Conde y Fernando Rodríguez Marín, Valencia, 1992, pp. 23 24.

⁴⁵⁶ Dicho jurado tuvo como elementos *grosso modo*:

Los 17 componentes fácticos y los testigos que corroboraron la versión de Goetz de lo ocurrido:

1. Quien estaba sentado dónde cuando entró en el tren.
 - Confirmado por Troy Canty.
 2. Troy Canty y Barry Allen se le acercaron.
 - Tres testigos-Josephine Holt, Garth Reid y Mary Grant-dijeron que vieron solamente a dos personas en pie delante de él
 3. Troy Canty le pidió cinco dólares
 - Confirmado por Troy Canty.
 4. Le levantó.
 - Confirmado por Troy Canty
 5. Disparó primero contra Canty.
 - También confirmado por Canty
 6. La segunda persona a la que disparó fue la segunda persona que se le acercó.
 - Debe haber sido Barry Allen.
 7. Barry Allen estaba corriendo entre la gente cuando fue herido
 - Confirmado por testigos Víctor Flores y Andrea Reid y por el testimonio médico de que Allen fue disparado por la espalda.
 8. Tras disparar dos veces, se movió hacia la derecha y realizó otros dos disparos.
 - Confirmado por Garth Reid.
 9. Disparó el tercer tiro a alguien que intentaba <subirse por la pared>.
 - Debe haber sido James Ramseur.
 10. Disparó dos veces contra Darrell Cabey.
 - Dos orificios de bala en la chaqueta de Cabey, como indicó el inspector Charles Haase.
 11. Su primer disparo fue contra Cabey cuando éste estaba en pie.
 - Confirmado por el perito de la defensa Doménick Dimario.
 12. Disparó el segundo tiro contra Cabey cuando éste estaba sentado.
 - Confirmado por Christopher Boucres.
 13. Disparó cinco tiros.
 - Confirmado por investigadores de la policía que descubrieron los casquillos de bala.
 14. Después de los disparos, se acercó a Troy Canty y le dijo algo.
 - Confirmado por Víctor Flores.
 15. Tras el tiroteo vio a dos mujeres de rodillas en el suelo del vagón.
 - Confirmado por el conductor Armando Soler y Mary Grant, una de las dos mujeres.
 16. Le dijo al conductos: <estos tíos me querían robar>
 - Confirmado por el conductor.
 17. Abandonó el tren sahando a la vía.
 - Confirmado por Flores y el Conductos Soler.
- Autos, pág. 8.856-64 Fletcher, George P., *En defensa propia, (sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales)*, Tirant lo Blanch (trad. Francisco Muñoz Conde y Fernando Rodríguez Marín, Valencia, 1992, pp. 23 24.

ocurren los casos. No podemos juzgar un hecho resuelto por el *Common Law* sin que esta circunstancia influya en el juicio. Y es que la retórica es un elemento que puede apartarse del examen dogmático penal, a tal punto que puede sustituir dicho examen. Fletcher, en sus obras intenta transitar de un sistema a otro, mediante la utilización de la dogmática penal alemana. Pero un sistema que es resuelto por un jurado, puede ser juzgado de manera indiscriminada por un sistema que prescinde de los legos para la solución de casos. Esto no es un argumento que pretenda minimizar o desacreditar al sistema del *Common Law*, solamente pretende establecer que la solución de casos no debe soslayar esta circunstancia.⁴⁵⁷ Fletcher resuelve el caso en particular, a la luz de la dogmática, pero es necesario señalar una cuestión particular: para hacerlo, toma como base no la multiplicidad de leyes penales que hay en los Estados Unidos, sino en un código en particular: El *Model Penal Code*,⁴⁵⁸ con el cual, hasta los mismos norteamericanos rechazan esa multiplicidad legal y buscan la unidad de criterios a tal grado que es utilizado por los más altos tribunales de ese país. Bajo esta circunstancia Fletcher escribe:

⁴⁵⁷ Blanco Lozano, regresa al tema con el ejemplo: "legítima defensa *putativa*, bien podría ser el siguiente:

'A' y 'B' son dos narcotraficantes, existiendo una importante cantidad de dinero que 'B' adeuda a 'A'. Ante las reiteradas y amenazantes solicitudes que 'A' dirige a 'B' para que este le abone tal deuda, solicitudes que siempre se ven contestadas con evasivas, 'A' se decide a utilizar métodos más expeditivos al efecto.

Así, un día, 'A' se presenta en casa de 'B' dispuesto a darle un susto tremendo, encañonándolo con una escopeta de cañones recortados y asegurándole que ya puede empezar a rezar, porque 'le va a matar inmediatamente', por cuanto sabe que nunca cobrará de él y por ello tiene que dar 'un escarmiento ejemplar para que los otros narcos no le pierdan el respeto'.

En realidad, el propósito de 'A' no es matar a 'B', sino coaccionarlo definitivamente para que este le abone la deuda. Por tanto, y para evitar problemas o accidentes, 'A' lleva la escopeta descargada, cosa que 'B', obviamente, ignora.

Mientras está encañonado, y creyendo que a punto de morir a tenor de la falsa amenaza de 'A'. 'B', en lo que supone es una legítima defensa, desenfunda rápidamente un revólver que lleva oculto en una tobillera y mata a 'A' de un disparo." Blanco Lozano, *Op. cit. Tratado de Derecho Penal...*, p. 383.

⁴⁵⁸ El cual data de 1962 y es producto de diversas asociaciones de especialistas en Derecho Penal de los Estados Unidos de América.

Para entender la posición del MPC sobre la defensa putativa en un caso de homicidio, deben analizarse comparativamente dos apartados del Art. III de dicho texto. En efecto, el artículo 3,04 prevé que cualquier <<creencia>> en los elementos de justificación es suficiente para justificar la acción; pero luego el art. 3,09 contiene una excepción para los casos de creencia negligente o consciente desprecio. Esta regulación ha influido de algún modo en los códigos penales de algunos Estados, y así, por ejemplo, el de *New York* combina los dos apartados antes citados simplemente exigiendo para apreciar legítima defensa, que el sujeto que se defiende <<crea razonablemente>> que se dan las condiciones fácticas de las misma. Esta simplificación genera inconscientemente un sensible compromiso entre las dos posiciones extremas que ya hemos analizado: la que considera que esta clase de error excluye el dolo o intención exigida en el respectivo tipo delictivo y la que considera en su afán por proteger los intereses de las víctimas que es un error irrelevante.⁴⁵⁹

Figuras jurídicas a las que nuestra dogmática es tan ajena, como la de la *duda razonable*, alimentan la práctica en los foros del *Common Law*, y de esa práctica reiterada se nutre la forma de resolver los casos como el que ahora se comentan. Bajo este tenor, la creencia razonable a que se hace referencia, no es sino una figura derivada de ese concepto tan arraigado en la cultura anglosajona. Ello explica lo difícil que resulta para un jurista norteamericano acceder a la dogmática penal alemana, con todo el bagaje con el que, de algún modo, prejuzga un hecho. Fletcher añade en lo relativo al *Error razonable como causa de exculpación*:

El criterio que estimo correcto debe ser equidistante entre los extremos antes referidos. Sólo los errores razonables deben ser relevantes, pero en este caso como causa de exculpación de una

⁴⁵⁹ Fletcher, George P., *Op. cit.*, *Conceptos Básicos...*, p. 239.

conducta injustificada y, por tanto, antijurídica. La mejor manera de comprender este punto de vista es plantearse en casos como los de *Morgan* o *Tyson*, ¿tenía la mujer en estos casos derecho a defenderse? Parece evidentemente que una mujer que se encuentre en esas circunstancias tiene derecho a defenderse del hombre que erróneamente considera que ella consiente una relación sexual. Una mujer no puede perder su derecho a su integridad física porque un hombre interprete erróneamente sus deseos. Pero, ¿cómo puede ser considerada una agresión sexual de este tipo como un acto injustificado y, por tanto, antijurídico si el error del hombre niega el dolo y con ello la propia tipicidad del delito? La única forma de compaginar la relevancia del error con la antijuridicidad de la agresión es tratarlo como una causa de exculpación.⁴⁶⁰

Con esta conclusión, el jurista norteamericano alcanza un punto de convergencia con la dogmática penal alemana: entiende que el caso *Goetz*, como otros de igual talante, cuya naturaleza incide en la conciencia sobre la antijuridicidad. Fletcher escribe:

Esta es, a mi juicio, es la vía correcta, también para las personas inocentes que son tomadas erróneamente por agresores. Consideremos los hechos del caso *Goetz*: cuatro jóvenes negros rodean a un hombre blanco en un vagón del Metro de New York. El hombre blanco, el tal *Goetz*, cree de buena fe que estos jóvenes pretenden robarle y dispara contra ellos su revólver. Tanto si *Goetz* interpretó mal sus intenciones, como si creyó erróneamente que era necesario disparar, los jóvenes negros podían defenderse legítimamente. De nuevo, nos encontramos aquí con personas víctimas de una errónea percepción de la realidad por parte de un tercero que no, por eso, puede perder su derecho a defenderse, incluso aunque el error del tercero sea razonable.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Fletcher, George P., *Op. cit.*, *Conceptos Básicos...*, p. 239.

⁴⁶¹ *Ibidem*, pp. 239 - 240.

Una vez arribados a esta conclusión, el error sobre los presupuestos fácticos en las causas de justificación toma un cariz práctico. La dogmática asume la responsabilidad de resolver lo que nuestra legislación (y la alemana) no atienden de manera clara. Fletcher concluye:

Si el error sobre los elementos fácticos de las causas de justificación se trata como una causa de exculpación, necesariamente sólo los errores no culpables pueden ser considerados como tales causas de exculpación. Un error no razonable o debido a una negligente apreciación de los hechos es en sí mismo un error culpable que no puede excluir la culpabilidad del sujeto que actúa bajo su influencia. La variante que hace el Código penal del New York de la propuesta del MPC en el fondo admite inadvertidamente esta solución al requerir que la persona que hace uso de la fuerza en legítima defensa debe creer razonablemente en la existencia de las condiciones fácticas de la misma.

Durante mucho tiempo hubo una cierta confusión respecto a cómo debía interpretarse esta disposición del Código penal del New York. Para algunos era suficiente con que el sujeto creyera subjetivamente de buena fe que se daban las condiciones fácticas de la legítima defensa. Y este fue el criterio que, al principio admitieron los Tribunales inferiores. Pero en la decisión del recurso de apelación presentado por Goetz contra la decisión del recurso de apelación presentado por Goetz contra la decisión del Juez que intervino en su caso y que aplicó este criterio subjetivo, la Corte de Apelaciones del Estado de New York acordó unánimemente que el estándar adecuado para este tipo de casos era el medir la buena fe del que creyó que actuaba en legítima defensa con el criterio social de la conducta razonable. Esta es también, en mi opinión, la decisión correcta.⁴⁶²

Esta conclusión no es sino una manera de incorporar un parámetro, no dogmático, sino más bien práctico a la solución de casos, por lo que no

⁴⁶² *Ibidem*, p. 240.

satisface el requisito para integrarse de manera lógica y sistemática a la teoría del delito, según como la entendemos generalmente.⁴⁶³

⁴⁶³ El joven jurista mexicano, Rubén Quintino, desde su trabajo sobre la identidad del sistema de Derecho Penal señala:

Véase el siguiente supuesto en que es posible cuestionar la culpabilidad del autor:

Problema uno: Se trata de un empresario que últimamente viene recibiendo amenazas de muerte y de secuestro. Este empresario dispara su revólver en la oscuridad contra alguien que en ese momento está saltando la barda de su casa. Pero luego resulta, cuando el empresario prende la luz, que la persona que se quería saltar la barda era uno de sus hijos que no quería que su padre se enterara de que regresaba a tan altas horas de la noche.

Casos como el anterior deben ser resueltos al examinarse la culpabilidad del autor.

Para la solución correcta de tales casos debemos aplicar las reglas del error de prohibición indirecto, concretamente las reglas del error sobre los presupuestos fácticos u objetivos de una causa de justificación, pues es evidente que el empresario del supuesto anterior tiene un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación denominada *defensa legítima*.

Al aplicarse las reglas del error de prohibición indirecto, también se deben respetar los parámetros que conforman el juicio según el cual es posible advertir si el error del autor era o no vencible (evitable), atendiendo por supuesto a la propia personalidad del autor y a las circunstancias del hecho.

Dicho lo anterior, conviene sin embargo hacer una breve referencia a los elementos que integran la culpabilidad del autor.

Entre los elementos que componen la categoría de la culpabilidad se encuentran las siguientes:

La conciencia de antijuridicidad que el autor tenga en el momento de su acción.

El juicio de reproche realizado al autor considerando a que él *debía y podía*, a la vez, comportarse de modo que no desobedeciera, en el caso concreto, la norma penal vigente.

El merecimiento y la necesidad de pena adecuados al autor, según sean las medidas *preventivo-especiales* y *preventivo-generales* que se requieran.

En lo que sigue se explica da uno de los elementos mencionados que forman parte de la culpabilidad.

El conocimiento de la antijuridicidad como elemento integrante de la culpabilidad:

Como se sabe, *la conciencia de la antijuridicidad* consiste en el pleno conocimiento que un autor tiene sobre el carácter ilícito de su comportamiento. De esta suerte, el *desconocimiento* de la antijuridicidad de un hecho supone un error de prohibición directa, o un error de prohibición indirecta, según sea el caso.

A continuación se explicará por qué el conocimiento de la antijuridicidad es un elemento integrante de la culpabilidad. Es importante hacer esta explicación porque si al conocimiento de la antijuridicidad se le ubicara sistemáticamente en otra categoría distinta a la culpabilidad, entonces, las reglas aplicables para su adecuada solución cambiarían radicalmente.

En cuanto al conocimiento de la antijuridicidad: Desde luego, el conocimiento sobre el carácter ilícito de un comportamiento, es un conocimiento que, en estricto sentido, se distingue perfectamente del dolo del autor.

Dicho brevemente, el dolo perteneciente al tipo penal no abarca el conocimiento de la antijuridicidad del hecho; así, el dolo que pertenece al tipo penal es un *dolo natural* que tan sólo abarca el conocimiento de los elementos del tipo penal.

En fin, el *dolo de tipo* no es un *dolus malus* que incluya la antijuridicidad de la conducta, sino es un *dolo neutro* que se agota con el conocimiento y voluntad del sentido de los elementos del tipo penal respectivo.

Acerca de por qué la conciencia de la antijuridicidad no es un elemento que pertenezca a la propia antijuridicidad: Por otra parte, no es posible considerar que el conocimiento de la antijuridicidad pertenezca a la propia antijuridicidad, de otra manera el *desconocimiento de la antijuridicidad* tendría que *excluir a la propia antijuridicidad*, y esto sería una total aberración, pues cómo podría desconocerse una antijuridicidad que a su vez resulta inexistente, siendo que únicamente puede conocerse o desconocerse lo que previamente existe.

Hechas las observaciones anteriores ahora estamos en condiciones de afirmar que el conocimiento de la antijuridicidad es un elemento integrante de la culpabilidad, y que por ello, si

En un caso expuesto y comentado por Don Luis Jiménez de Asúa, se hace referencia a la *defensa putativa*, sin embargo, del mismo, anticipamos una apreciación defensiva y argumentativa sobre otros aspectos dogmáticos en los que regularmente se inscribe al insigne jurista. Dicho texto señala:

Los abogados defensores del señor Claudio Fernando Álvarez, por mediación del profesor José Agustín Méndez, solicitan de nosotros dictamen acerca del proceso seguido contra su patrocinado y respecto a la sentencia recaída en los autos, dictada por el juzgado de primera instancia. Para ello nos han sido enviados los siguientes:

DOCUMENTOS

- a) Copia de las declaraciones del acusado y de los testigos, informes periciales y demás pruebas, así como de los escritos de los abogados defensores y de los acusadores particulares.
- b) Copia del escrito de la acusación privada.
- c) Copia del alegato de defensa dirigido al juez.
- d) Copia de la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia en lo penal del primer circuito judicial del Estado S., en la causa seguida contra Claudio Fernando Álvarez.
- e) Copia del escrito de los abogados defensores apelando ese fallo ante la Corte superior de Primer circuito judicial del Estado.

De estos documentos se extraerán los imprescindibles elementos fácticos para que se pueda aplicar la debida fórmula jurídica. Es necesario establecer, pues, como indispensable antecedente el siguiente.

RELATO DE LOS HECHOS

- a) El día 17 de octubre de 1950 el señor Claudio Fernando Álvarez fue al aeropuerto de la ciudad de C. a ver a su amigo Martín Rodríguez, quien, como otros muchos sábados, venía en el avión que hace el recorrido ordinario durante esos días. Solía ir acompañado de otros amigos comunes.
- b) Llega al aeropuerto de buen talante y hasta alegre.
- c) Sin embargo, de algún tiempo a esta parte, sus jefes han notado en él humor taciturno y menos rendimiento en el trabajo.
- d) Sus antecedentes son inmejorables, aplicado en sus labores y hombre honrado.

una persona realiza un delito bajo un error de prohibición inevitable, dicha persona actúa sin culpabilidad.

En otro momento volveremos a este punto para resaltar la modalidades que puede presentar un error de prohibición, por ahora seguiremos explicando los elementos del juicio de reproche, pues también son componentes de la culpabilidad.

En cuanto al juicio de reproche: Es fácil advertir que los elementos que conforman el juicio de reproche que se le hace a un autor culpable, son los siguientes:

Determinar si el autor debía comportarse de modo distinto a como en realidad se ha comportado.

- a) Determinar si el autor podía comportarse de modo que respetara la norma infringida.

En cuanto al merecimiento y la necesidad de pena: El merecimiento y la necesidad de pena son dos elementos pertenecientes a la culpabilidad, para acreditarlos se necesita advertir cuáles son los fines preventivo-especiales y preventivo-generales que se deben aplicar mediante una pena al autor considerado culpable de un hecho.

Pero en este punto interesa resaltar que la necesidad de pena depende también del comportamiento de la víctima.

De manera que si en un caso concreto se percibe que la víctima desatiende la protección de sus bienes, en esa medida la necesidad de intervención del Estado desciende sobre la escala del merecimiento y la necesidad de pena: merecimiento y necesidad de pena que incluso pueden minimizarse por completo. Quintino Zepeda, *Op. cit., Sistema...*, pp. 216 - 217.

e) Su complexión es débil y cojea de una pierna. Tiene cuarenta años. González es más joven y más fuerte.

f) Por motivos que no aparecen auténticamente comprobados, se halla Álvarez separado temporalmente de su esposa e hijos, a quienes mantiene. Está, en cambio, acreditado en autos de modo inatacable que el doctor Juan Emilio González, que resultó víctima en estos sucesos, cortejaba a la señora de Álvarez; le escribió una carta amorosa, que trataba de hacer llegar a sus manos por intermedio de otra mujer (la señora de Lamas); la llamó por teléfono; se les vio pasear juntos y solos en automóvil; bailaban en algunos saraos, etcétera

g) El rumor público era de que entre la señora Antonia de Álvarez y el doctor Juan Emilio González había relaciones ilícitas.

h) Es paladino que los hechos posteriores a la muerte violenta de González comprueban ese rumor: el propio herido, en su lecho de muerte, reconoce ser el culpable de lo pasado, por haberle 'faltado' a Álvarez, y hasta pide que nada se le haga a éste.

i) La señora Antonia de Álvarez, conocedora del luctuoso acontecimiento, corre a la casa de la víctima y es presa de gran desesperación al saber que el doctor González ha muerto. Después guarda luto.

j) El indicado 17 de octubre de 1950 llega, como otros sábados, el señor Rodríguez y entra en el bar con su amigo Álvarez, que le espera. Pero éste encuentra también acabado de descender del avión, a Juan Emilio González.

k) El encuentro es absolutamente inesperado y se debe a que el aeroplano que llevaba a González a M. sufrió leve desperfecto y los pasajeros quedaron en otra ciudad o fueron conducidos a Cp., como en el caso del doctor González. Insistamos, pues, que el pasado de éste por C. era radicalmente inesperado para Álvarez, ese sábado en que sólo concurre al aeropuerto a ver a su amigo Rodríguez.

l) Al ver al cortejador de su esposa, se acerca amistosamente y le pide, de buenos modos, explicaciones con respecto a la carta escrita por aquél a la señora Antonia, y en lo tocante a la aludida llamada telefónica. Desde que tuvo conocimiento de estos hechos es la primera vez que ha tenido ocasión de enfrentarse con su rival.

m) Se produce entre ambos una 'discusión acalorada'.

n) González habla altaneramente, violentamente, y dice ser verdad haber escrito esa carta a la esposa de Álvarez. Para la tesis jurídica que vamos a mantener no tiene trascendencia que aquél dijese a éste 'cabrón' o que le contestara a sus requerimientos que él no daba explicación a cabrones y que era hombre de 'hechos' y no de palabras.

o) Es, en cambio, indudable —aunque la acusación, como veremos, no lo crea y el juez lo ponga en duda o trate de explicar de otra manera el movimiento— que el doctor González dio un paso atrás y se llevó la mano o las manos al bolsillo del pantalón.

p) Fundadamente, por cuanto antecede y por estar probado el amoroso cortejo a la esposa de Álvarez de parte del interfecto, el marido cree que González va a extraer un arma en defensa de su persona dispara un solo tiro de su revólver, que hiere mortalmente al doctor González, falleciendo 37 horas después a causa de la lesión que le fue inferida.

q) Álvarez llevaba habitualmente revólver —aunque no hubiera obtenido permiso de portar armas— por viajar como agente de comercio a lugares apartados y llevar, a veces, sumas de dinero bastante crecidas.

SENTENCIA DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

El 29 de enero de 1952, el juzgado de primera instancia en lo penal del primer circuito judicial del Estado S dicta sentencia en el caso Álvarez y, por pretendidas razones mas esclareceremos luego —la más voluminosa causa, mas no razón, estricta en no haberse percatado el juez de lo que es la defensa putativa—, se rechaza la inculpabilidad alegada, pero se reconoce la excusa, es decir, la atenuante excepcional de provocación muy calificada del art. 67 del C P venezolano, pues resulta evidente que Álvarez obró 'perturbado por la ofensa a su honor', por 'intenso dolor', a causa de la provocación injusta, 'de naturaleza gravísima', que partió de González. Reconócese, además, como atenuante la buena conducta del procesado. Le imputa el fallo, por otra parte, el delito de portar armas, definido y sancionado en el art. 278 del mismo código

de Venezuela. En consecuencia, se le impone la pena de seis años, dieciséis días y dieciséis horas de presidio.

Como hemos dicho, nos haremos cargo más tarde de las tesis del juez que rechaza la defensa putativa; y aquí sólo queremos destacar unos párrafos de la sentencia en que, ahorrando el juzgador los dictados de la escuela criminológica italiana que dice imperar en leyes extranjeras, afirma que 'a la luz de otras legislaciones distintas de la nuestra, en aquellos países donde impera la escuela positiva como dominante de la legislación, no es exacto que en el caso concreto la ley venezolana impida la justa absolución. No se debe hacer creer a la gente que hay un derecho justo, superior, al que se oponen las normas imperantes en el país. Así se crea una desconfianza en las reglas jurídicas y un creciente menosprecio por el orden jurídico vigente. El juez y los tribunales deben esforzarse en lo contrario: es preciso que el pueblo confíe en sus leyes y en sus intérpretes. Sobre todo si, como ocurre en los hechos que se enjuician, se dispone de una fórmula perfectamente adecuada al acontecimiento de la vida real, para proclamar la inculpabilidad del imputado y absolverle de pena por el homicidio cometido: la *defensa putativa*'.

Reputamos peligrosísimo este sistema de denunciar imperfecciones del derecho positivo y de condenar dejando ante la gente la convicción de que se hace contra la justicia, porque el acusado debe ser absuelto. Y son más de lamentar esos asertos cuando no es exacto que en el caso concreto la ley venezolana impida la justa absolución. No se debe hacer creer a la gente que hay un derecho justo, superior, al que se oponen las normas imperantes en el país. Así se crea una desconfianza en las reglas jurídicas y un creciente menosprecio por el orden jurídico vigente. El juez y los tribunales deben esforzarse en lo contrario: es preciso que el pueblo confíe en sus leyes y en sus intérpretes. Sobre todo si, como ocurre en los hechos que se enjuician, se dispone de una fórmula perfectamente adecuada al acontecimiento de la vida real, para proclamar la inculpabilidad del imputado y absolverle de pena por el homicidio cometido: la *defensa putativa*.

Pasemos a estudiarla, dejando a un lado el delito de portación de armas, que no nos importa y cuya pena ya ha quedado cumplida, al computar a favor del reo la detención preventiva que ha sufrido.

CONCLUSIONES

Primera: en la mañana del 17 de octubre de 1950, el señor Claudio Fernando Álvarez va al aeropuerto de C para ver a su amigo que llega en el avión, como casi todos los sábados. Inesperadamente encuentra allí al doctor Juan Emilio González, más joven y fuerte que él, pues Álvarez es débil y cojo. Honrado y trabajador, hace algún tiempo que sus jefes lo notan taciturno y cansado.

Segunda: es de público rumor que entre la señora Antonia de Álvarez y González median relaciones ilícitas. Lo cierto es que éste escribió a aquélla una carta amorosa; la llamada por teléfono y frecuentaba con ella, y solos, algunos cines, etc. Todo esto había llegado a conocimiento de Álvarez, y los hechos posteriores —la aflicción de doña Antonia cuando supo la muerte de González, el ir desde entonces enlutada y llevar flores al cementerio, así como las palabras del cortejador en su lecho de muerte, atribuyéndose toda la culpa de lo acontecido por haber 'faltado' a su amigo —son prueba concluyente de que el rumor público no iba descaminado.

Tercera: en el aeropuerto y después de tomar unos refrescos con Rodríguez, a quien iba Álvarez a ver en el campo de aviación, encuentra a González, inesperadamente, como hemos dicho. Es la vez primera que se halla ante él después de haberse informado de los hechos relatados anteriormente, en la conclusión segunda. Se acerca de buenas maneras y le pide explicaciones del cortejo amoroso a su esposa. González contesta con violencia, insulta a su interlocutor y, haciendo un movimiento hacia atrás, se lleva la mano al bolsillo posterior del pantalón.

Cuarta: de todo ello deduce Claudio Fernando Álvarez, tan rápida como lógicamente, que González va a sacar un arma. Él es débil, cojo y no arrojado; a sus reclamaciones amistosas se le ha respondido, por un hombre joven y fuerte, con injurias y con el despiante de afirmar ser cierto que escribió a Antonia una carta de amor. Entonces Álvarez creyendo que González va a sacar un arma, dispara un solo tiro del revólver que siempre lleva, por ser viajante y deber permanecer en sitios alejados, a menudo con sumas de dinero considerables y papeles importantes. El disparo hiere mortalmente al doctor González, que fallece a las 37 horas.

Quinta: esos hechos son característicos de una defensa putativa, llamada así porque el sujeto que se defiende lo hace pensando, creyendo que es atacado o que va a serlo inminentemente. La esencia de esta causa de inculpabilidad es precisamente

que el ataque temido no es real. Si el que ha hecho el movimiento de aparente agresión llevase verdaderamente un arma y en realidad intentara sacarla del bolsillo, no estaríamos ante una defensa putativa, sino en el caso de una *legítima defensa real*, porque el ataque era *auténticamente inminente*.

Sexta: la defensa putativa es, por tanto, un error de hecho. En el episodio de la vida cotidiana se nos presenta como una situación en que el autor que reacciona lo hace por creer que otro lo arremete. Los hechos presentan, en efecto, las debidas características de una injusta agresión y, si las circunstancias no permiten vencer el yerro, hay que declarar inculpaible al agente.

Séptima: falta, en efecto, el *dolo*, que requiere conciencia de que se quebranta un deber (el deber de respetar la norma); en caso de homicidio, el deber de respetar la vida ajena. Si el autor del acto ha creído que, por hallarse en legítima defensa –y él lo piensa así, deduciéndolo de los hechos que tienen apariencia de ataque–, se hallaba en el derecho y en el deber de matar al agresor en tutela de su vida, no es posible construir el *dolo*, y si, como se acaba de advertir, el error era invencible, tampoco se puede imputar la culpa.

Octava: en referencia al código venezolano, invocamos el art. 61, donde se proclama que 'nadie puede ser castigado como reo de delito, no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye' (salvo en los casos de culpa y de delitos calificados por el resultado, que taxativamente enuncia la ley); es decir, excepto en concretas hipótesis, no hay pena sin *dolo*, o sea, sin intención de realizar un hecho constitutivo de delito. Quien se halla en error esencial de hecho no tiene esa intención delictiva, no obra, pues, con *dolo*.

Novena: el error de Álvarez es evidente y los antecedentes y circunstancias concomitantes lo hicieron invencible.

Décima: en suma, Claudio Fernando Álvarez mató al doctor Juan Emilio González creyendo que éste lo atacaba; esto es, en defensa putativa, que es una de las formas del error de hecho, capaz de destruir el *dolo*. Procede, por tanto, su absolución.

Este es nuestro criterio, que, como siempre, cederá a otras opiniones más autorizadas.⁴⁶⁴

Consideramos que Jiménez de Asúa, adherente del finalismo, no podía tener ubicado al *dolo* de tal modo que el yerro que ocurrió en el caso en comento fuese de los que admiten la absolución del sujeto, pues hoy en día, la defensa putativa no es eximente sino un acto atenuado en virtud de un error de prohibición indirecto, pues el sujeto considera justificada su actuación, creyéndola inmersa en la defensa legítima cuando en realidad no lo es. Por esta misma causa Goetz fue absuelto, pero, a diferencia de éste donde un jurado se enfrenta al trabajo argumentativo más que dogmático, Jiménez de Asúa, se vale de la imperfección en la estructura de la ley penal del lugar para alcanzar un criterio unánime sobre la procedencia de la absolución. Nosotros

⁴⁶⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *Defensa Social, legítima defensa, defensa putativa y otros temas penales*, Vol. 5, Editorial Jurídica Universitaria. (Serie Estudios Clásicos del Derecho Penal), México, 2001. pp. 58 – 59, 66 – 67, 77 – 78.

consideramos que bajo este paradigma podría desarrollarse un derecho penal más humano.

Caso. Dentro de una turbamulta hay inductores que enardecen a la población en contra de unos policías encubiertos, que, por su apariencia de civiles los tratan como "criminales" (no probables sino se da por hecho que lo son) y por ende motivan al grupo social al linchamiento y más tarde a la quema de los sujetos, aún vivos. Esa es una manifestación de la inducción de particulares al error para llevar a cabo el delito de homicidio. ¿Podrán alegar en su favor los homicidas que creían justificada su actuación? La respuesta es contundente como lapidaria: No. La manera de someter a los sujetos, aun bajo la idea equívoca de que fueran delincuentes, el que sean superados en número, el que no exista un momento de peligro ni real ni inminente, el hecho de que a pesar de haber autoridades policíacas en los alrededores, así como el hecho de prenderles fuego a los cuerpos todavía con vida de los sujetos, no permite la justificación del hecho, ni se puede aceptar que pudieran considerar justificada su actuación, porque ello no convalidaría una falsa apreciación sobre la defensa legítima, sino implicaría permitir que una persona, en caso de actualizarse una auténtica defensa legítima pudiera prenderle fuego a su agresor.

4.2.3. Creencia errónea, creencia diferente y creencia discrepante.

Crear es no saber, creer de manera distinta, no siempre implica estar en el error, creer de manera discrepante significa que la persona no es ajena a la normatividad (respecto al tema que nos ocupa) sino que considera que dicha normatividad no le resulta aplicable o bien, está en contra de la misma. Entonces ¿hasta qué punto es válido no coincidir o estar en contra con un sistema jurídico vigente?, esta pregunta puede tener más respuestas que puntas una estrella. Descartamos de estos aspectos, a los sistemas jurídicos derivados de las dictaduras, tiranías, gobiernos totalitarios, *etcétera*, pues de dichos sistemas, por su origen impositivo, se deriva una connatural rebeldía. Nuestra pregunta se acota al sistema jurídico proveniente de un gobierno democrático. Independientemente de la postura que se tenga al respecto, debemos coincidir que una creencia discrepante no implica necesariamente un error, por lo que pudiera ser excluida de nuestro trabajo, de no ser porque el error es una apreciación falsa de la realidad y en el particular, la creencia discrepante aprecia como falsa la postura de una ley en particular. El derecho como instrumento de la sociedad y aceptado por la misma debe ser aplicado de manera uniforme, de tal modo que, aquella persona que va en contra de ese derecho generalmente aceptado no sólo contraviene a la norma, sino a la sociedad de la que ha derivado y en la que pretende coexistir. Esta situación nos permite arribar al hecho que una persona debe aceptar el derecho de la sociedad a la que pertenece (en los términos en que este derecho deriva de un gobierno democrático) y si está en contra de alguna norma debe buscar su

reforma o anulación por los medios que un gobierno democrático prevé y no a través de la contravención de dicha norma. Blanco Lozano lo define como un tratamiento por convicción:

Cabe hablar de *delito por convicción*, o más ampliamente, de *delincuente por convicción*, cuando el sujeto activo comete la infracción penal con pleno conocimiento de su antijuricidad, pero convencido de la *utilidad social* de la misma⁴⁶⁵.

Un ejemplo de ello sería, verbigracia, el sujeto que atraca un banco con la finalidad de repartir el botín entre los pobres, sin guardarse nada del dinero robado para él mismo.

En estos casos, desde luego, el error de prohibición no es aplicable, ya que el sujeto tiene pleno conocimiento de que el robo es un acto antijurídico, que quebranta una norma penal establecida conforme a la Constitución⁴⁶⁶.

El único expediente al que, en supuestos parecidos, podría tal vez acudir, sería el de un estado de necesidad, pero entonces el sujeto no actúa ya por mera *convicción* de contravenir un Ordenamiento jurídico y social que él estima injusto, sino para salvaguardar un mal mayor que el que se sacrifica, siempre y cuando se cumplan estrictamente los requisitos propios del estado de necesidad en cuanto causa de justificación, ya que entonces la propia *ilicitud* del hecho se anula, con lo que en puridad, no estamos ante un error, sino ante la comisión de un hecho que, aunque típico, deviene jurídico.^{467 - 468}

⁴⁶⁵ Así, BG Diesseldorf, en *NJW*, 1985, p. 1971. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 384.

⁴⁶⁶ En tales términos, BGH 2, p. 208. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 384.

⁴⁶⁷ Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 384.

⁴⁶⁸ Román Quiroz señala: "Una forma menos frecuente de error de prohibición es el error de validez. En él el sujeto conoce la norma prohibitiva y por regla general incluso la norma penal, pero la considera nula, p. ejemplo porque el órgano que la dictó le faltaba la competencia legislativa, o porque el precepto atenta contra un derecho fundamental. Se ha de juzgar este caso como un error de prohibición en tanto en cuanto quien actúa invoque, como en los ejemplos citados, causas de nulidad que también estén reconocidas por el ordenamiento jurídico. Otra cosa sucede cuando el sujeto considera válida una ley conforme a los parámetros del ordenamiento jurídico, pero no la estima vinculante para sí por razones políticas, ideológicas, religiosas o de conciencia. Las razones de esa índole no modifican en nada la conciencia del carácter prohibido de la propia acción, que es lo único decisivo." *Op. cit., La culpabilidad...*, p. 209.

En cambio para Maurach,⁴⁶⁹ el error de prohibición puede presentarse en tres formas distintas. En primer lugar, como desconocimiento del general mandato normativo ('abstracto' error de prohibición o error sobre la existencia de la norma): el autor no sabe que actuar como indiferente para el Derecho. El error de prohibición se manifiesta, en segundo lugar, como error sobre el ceder de la norma: el autor conoce la existencia de la prohibición, pero cree erróneamente que un derecho prevalente legitima su actuar ('concreto' error de prohibición, error sobre una causa de justificación). Por último, el error de prohibición se presenta como viciosa representación de la eficacia determinante de la norma: el autor que conoce la existencia de la misma y no invoca ningún especial derecho a actuar, cree que la observancia de la norma no le es exigible (error sobre una causa de exclusión de la responsabilidad). Los efectos jurídicos de estas tres formas del error de prohibición son los mismos.

Hace poco tiempo hubo un caso en Londres en el que una persona de religión musulmana tuvo un conflicto legal con el sistema al que pertenece, basada en sus creencias religiosas.

La maestra musulmana Aishah Azmi, de 24 años, estaba decidida a no quitarse el velo islámico frente a sus alumnos como le requerían las autoridades británicas. Consideraba que esa demanda era un abuso a sus derechos individuales y religiosos.

Pero su negativa le costó caro: no sólo fue suspendida de su empleo como asistente en la modesta escuela primaria Headfield Church of England School de Thornhill Lees, en el condado de West Yorkshire (norte de Inglaterra), sino que además se convirtió en el centro de un agitado debate en Gran Bretaña sobre el derecho de las mujeres musulmanas a llevar en público el velo islámico o *jilbab*, que —a excepción del los ojos— cubre enteramente el rostro.

Azmi —ciudadana inglesa de origen paquistaní, quien empezó a trabajar en esa escuela hace sólo cuatro meses— se negó al pedido del director de la escuela, George Smith, de levantarse el velo frente al alumnado, en su mayoría de descendencia musulmana porque,

⁴⁶⁹ *Op. cit.*, *Tratado de Derecho penal...*, pp. 149 - 150.

argumentó, bajo su religión islámica ningún hombre, excepto su marido, tiene derecho a ver su rostro.

Las autoridades de la escuela se lo habían solicitado después de que un grupo de alumnos se quejó. Los jóvenes dijeron que no entendían bien las palabras de la maestra en clase, al no poder ver sus labios moverse. De todos modos, nada iba a hacerla cambiar de opinión.

Azmi nació en la capital galesa de Cardiff, pero reside desde 2000 en la población de Dewsbury, la misma ciudad donde vivió Mohammad Sidique Khan, uno de los cuatro atacantes suicidas del atentado del 7 julio del 2005. Khan —quien detonó una bomba en el vagón de la línea de metro Edgware Road, en el que murieron siete personas—, trabajaba como maestro de primaria en la escuela Hillside Primary School, de Dewsbury. [...] Sin embargo, la joven contó haber vivido en carne propia la estigmatización a la que fueron sometidos los musulmanes en esa región, siendo ella misma víctima de abusos verbales y discriminatorios por parte de vecinos y miembros de la comunidad inglesa blanca. Por esa razón dice que decidió ponerse firme y no dar el brazo a torcer cuando se le pidió que retirara de su rostro el polémico velo islámico.

Su negativa coincidió con un pedido del líder de la Cámara de los Comunes y excanciller, Jack Straw, para que las mujeres musulmanas dejaran de vestir dicha prenda. Straw lo calificó como un 'símbolo de diferencia y separación entre las distintas comunidades'. Ello provocó un agitado debate y discusión sobre el tema de la integración, la segregación étnica y el derecho a expresar los credos y cultos religiosos en el país. Un día después de su suspensión, ocurrido el pasado 14 de octubre, la joven musulmana decidió llevar su caso al Tribunal Laboral de West Yorkshire [...]

El gobierno británico tomó rápidamente cartas en el asunto, al considerar el tema de carácter nacional. El ministro para Relaciones Raciales, Phil Woolas, no sólo criticó la decisión de la maestra musulmana, sino que pidió su despido inmediato. Para el funcionario laborista, Azmi 'no puede enseñar con el velo cubriéndole el rostro', ya que los alumnos 'tienen derecho a una educación amplia y abierta'. [...] Hay límites en la democracia liberal. Hay fronteras en una democracia moderna y esta es una de ellas. Es una línea que no podemos cruzar', declaró. [...] Para Nick Whittingham, del bufete de abogados Kirklees Law Centre y abogado defensor de la maestra, es totalmente incorrecto afirmar que Azmi no puede hacer correctamente su trabajo por vestir el velo islámico. Destaco que la profesora 'es una excelente profesional y no puede ser juzgada por su vestimenta'. [...] De acuerdo con el sondeo de *The Guardian*, sólo 22% dijo que los musulmanes británicos hacen todo lo que pueden para integrarse en la sociedad, mientras que 57% dijo que ese sector de la comunidad 'tiene la responsabilidad' de amalgamarse al resto de la población. [...] Sin embargo, Blair salió a la palestra y decidió apoyar de lleno a Straw. 'Aunque es cierto que el tema del velo islámico es de índole personal, es perfectamente normal que podamos discutir estos problemas en el contexto de tirar abajo barreras entre comunidades', declaró el jefe del gobierno británico.⁴⁷⁰

Todo cuanto incide en el tema religioso provoca el debate de una sociedad multicultural, nadie puede negar el derecho a otro a creer, por ello resulta un problema harto difícil que el Derecho no alcanza a resolver de manera uniforme o satisfactoria. Las posturas se polarizan entre quienes, como el Jefe de Gobierno británico señalan que al Derecho general se le debe obediencia, sobre las creencias particulares; mientras que por el otro lado, no

⁴⁷⁰ Leonardo Boix, Londres, 23 de octubre (apro). *Gran Bretaña: El velo islámico*, en revista Proceso.

se puede desprender a un sujeto de las creencias con las que ha crecido y que son más que una idea religiosa, importante *per sé*, un fundamento de su cultura.

El Derecho penal como producto cultural posee para su legitimación un fundamento cultural, una aprobación generalizada en la que la norma en concreto sintetiza un deseo general de la sociedad a que está destinada para salvaguardar o sancionar aquellas conductas que tal sociedad rechaza. Sobre este particular se basa el principio que todos los integrantes de la sociedad se adhieren para garantizar el orden. Y, en tal virtud, ese Derecho debe aspirar a tratar de manera equitativa a sus destinatarios, reconociendo la diversidad que forma a la sociedad.⁴⁷¹ No es óbice señalar que los fundamentos del Derecho Penal son generalmente aceptados, salvo algunas cuestiones, virtud por la cual la gravedad de los mismos está en función de lo que los generadores de la norma esperan de la misma.

La creencia discrepante no es error sino convicción y en tal sentido, nuestro Derecho penal todavía no vislumbra un trato distinto en caso de actualizarse un hecho de este carácter. El que actúa con convicción no ignora. A partir de este momento comienza otro problema, pero no el del error.

Sobre el particular, los tribunales españoles han señalado:

En materia de delito *por convicción*, entiende el alto Tribunal casador que no integra error de prohibición creer que las normas y pautas de comportamiento comúnmente aceptadas por la sociedad pueden ser

⁴⁷¹ El 19 de octubre de 2006, los Tribunales ingleses le dieron la razón a la profesora musulmana.

sustituidas por las convicciones imperantes en el grupo del que el autor forma parte.⁴⁷²

De la creencia discrepante surge la figura de la *objeción de conciencia* que no es sino la aplicación de la creencia discrepante a la omisión de un deber. Por supuesto que dicha conducta causa gran interés en el Derecho Penal, pero por lo pronto basta con señalar que aquella persona que invoca esta figura, de origen moral, no podrá hacerlo válidamente si se ha beneficiado de aquella institución a la que se niega a servir. Como ejemplo podemos citar a aquellas personas que se integran al servicio de las armas con el único objetivo de tener un nivel de vida cómodo y que, llegado el caso de tener que ir a la guerra se niegan por cuestiones de supuesta *objeción de conciencia*, pues realmente se trata de una objeción de conveniencia. Con ejemplos así, resulta menos complicado distinguir cuando hay valores morales en juego, pero, prevalece la discusión sobre hasta qué punto se puede admitir esta excepción a la conducta esperada.

4.3. La evitabilidad del error de prohibición.

El problema del error de prohibición comienza desde antes que éste ocurra. Debemos partir del hecho que los tribunales penales, sean de donde sean, no aceptan la existencia de esta figura jurídica sin imponerle requisitos estrictos, para precaver que sea utilizada de manera indiscriminada, lo que sólo traería

⁴⁷² STS de 21 de mayo de 1992. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 389.

problemas de impunidad. Pensemos en el extranjero que llega a tierras nuevas, desconoce la legislación penal del lugar y por tanto, está vulnerable.⁴⁷³ Lo mismo ocurre con el lego y, en el caso de México, con nuestras múltiples leyes penales basta con cambiar de entidad federativa para ubicarse en el mismo plano que el extranjero.⁴⁷⁴ El jurista alemán Reinhart Maurach escribe:

⁴⁷³ Couso Salas expone: "En la referencia valorativa del elemento *conocimiento de la antijuridicidad penal* incluyo, no sólo el conocimiento cierto o condicionado, sino también la 'asunción del riesgo de pena...según negligencia del autor en la protección de la propia libertad cuando existía un motivo suficiente para cerciorarse sobre la antijuridicidad penal del hecho'. Esa parte de la referencia valorativa hace alusión a la responsabilidad penal del autor en caso de error vencible o evitable.

El fundamento del castigo del error de prohibición vencible, desde el punto de vista del principio de asunción de pena, se encuentra en que el individuo cuenta con elementos para proteger su libertad, por ejemplo, porque se sabe que se mueve en un terreno regulado por el Derecho penal, aunque cree, un poco livianamente, que su conducta es lícita, y no se preocupa de cerciorarse; es tanto, negligente en la protección de su propia libertad. Sin embargo, la asunción de pena es deficiente en este caso, y la pena debe ser atenuada.

El principio de asunción de pena sólo puede proteger plenamente a los individuos que están suficientemente preocupados ellos mismos en proteger su libertad. Quien sabe que se mueve en un ámbito regulado por el Derecho penal, pese a que hasta ahora me he expresado así (como lo hace la doctrina), no es que tenga el 'deber' (jurídico-penal) de informarse, lo que sucede, más bien, es que quien realmente está preocupado por proteger su libertad en la vida social, tiene la 'carga' de ser más cuidadoso con su información jurídica, cuando se mueve en dichos ámbitos. La idea de que el individuo en este caso, si bien no conocía la prohibición, sí podía conocerla, no incluye la idea de que debía haber realizado 'un esfuerzo de la conciencia' ('*Gewissensspannung*'), ni que 'hubiese debido hacerse consciente', sino únicamente que el Derecho le ha dado suficiente garantía a su libertad; luego, no se castiga la 'coguera al Derecho' (que la teoría tradicional ni siquiera considera error vencible), sino que se supone que un mínimo de interés de cada individuo en proteger su libertad es un asunto suyo, a menos, desde luego, que haya evidencia de desventajas específicas de un individuo a este respecto.

De todos modos, una existencia auténticamente libre es incompatible con el permanente temor a perder la libertad. El modelo de ciudadano que el Estado configura con sus amenazas de pena no puede ser uno completamente escrupuloso, permanentemente temeroso de incurrir en una pena. Por ello, un Estado que promueve la libertad de los ciudadanos debe hacer dos cosas en relación con el conocimiento de la antijuridicidad pena: (1) reconocer la diferencia entre el individuo que sabe que lo que hace está prohibido penalmente, o lo considera posible, sin que ello lo detenga y que, por tanto, asume plenamente la pena (no hay error de prohibición), y el individuo que no asume plenamente la pena, sino que sólo ha sido descuidado con su libertad (error de prohibición vencible, con atenuación obligatoria); y (2) reducir al mínimo posible los casos en los que el individuo debe preocuparse de los posibles riesgos desconocidos (pero conocibles) para su libertad, liberándolo de esa preocupación fuera de esos casos." Couso Salas, *Op. cit.*, p. 511.

⁴⁷⁴ Blanco Lozano escribe:

A) Premisas

Como hemos visto, las consecuencias jurídico-penales del error de prohibición son directamente dependientes de que el mismo sea *vencible o invencible*.

La ponderación de si el error fue, por tanto, *evitable* o no, es una cuestión compleja, como ya tuvimos la oportunidad de verificar a propósito del error de tipo.

De ahí que, como advierte expresamente nuestra jurisprudencia, no es posible hacer generalizaciones absolutas sobre el particular, sino que debe procederse caso por caso, atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, sobre las cuales se ha de motivar la sentencia al respecto.

B) Bases

Como ha puesto de manifiesto el alto Tribunal casador español, debe partirse, al hilo de esta cuestión, de la premisa de que para incurrir en responsabilidad penal no hace falta *conocer* la norma jurídica que ha

a) El reproche de culpabilidad no sólo afecta al autor cuando le es conocida la antijuridicidad de su accionar, sino también cuando actúa en un error de prohibición evitable [...] Se plantea la cuestión relativa a las exigencias que afectan a autor al fin de que no le pese semejante reproche. En primer término, debe descartarse la hipótesis de que el autor procede con la conciencia que su obrar *posiblemente* sea ilícito; en tal situación, en la medida en que el autor acoja en su voluntad tal posibilidad en forma análoga al dolo eventual como 'conciencia del ilícito eventual', se tratará de un caso de la conciencia actual del ilícito [...] para el cual no se requiere previamente un examen de evitabilidad. Para el caso en que dicho examen tenga lugar y ésta se presente, las exigencias a las capacidades del autor en relación con la evitabilidad del error serán más estrictas que en el caso de la culpa.⁴⁷⁵

Esto ocurre debido a que el agente ha cumplido con casi la totalidad de elementos para constituir el delito, incluso ha cumplido con un elemento fundamental como lo es el dolo. Por tal motivo existe la discusión sobre los efectos que debe tener esta clase de error. Pero el dolo no puede considerarse íntegro si en la especie hay un defecto cognitivo. Maurach dice:

En el examen de evitabilidad, el verdadero punto neurálgico no reside tanto en los deberes de examen que deben observarse el autor ha tenido motivos para dudar de la conformidad a derecho de su actuar, sino en la propia generación de dichas dudas. Al respecto debe regir aquello de que 'un error de prohibición debe ser considerado excusable si el ciudadano cumple con las exigencias de una normal fidelidad al cumplimiento del derecho'. Para el examen de evitabilidad las insuficientes averiguaciones llevadas a cabo con posteridad al reconocimiento de su motivo son mucho menos neurálgicas que el propio reconocimiento de tal motivo. En efecto, en tal situación falta el

sido violada, ni el nombre del concreto delito en que se incurre, sino que basta con que el agente *tenga conciencia de que su conducta es contraria a Derecho*, y que en consecuencia se expone a una sanción penal por violar las reglas de la convivencia social. *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, pp. 386-387.

⁴⁷⁵ Maurach, Reintart, et al, *Op. cit., Derecho Penal...*, p. 682.

punto de partida y de conexión para la posibilidad en cuanto aquél que quiera desarrollar su actividad en un cierto ámbito, tiene el deber de informarse previamente acerca de las normas jurídicas que rigen en tal materia.

Sin embargo al sujeto no se le juzga por los elementos previos, sino por el hecho en sí. No es su apego al derecho o no lo que servirá para determinar la evitabilidad del error, sino la falsa apreciación que lo motiva a realizar el hecho por el que es juzgado. Ese acto está determinado por su apego al derecho o por considerarlo dentro del marco de derecho. La buena fe con la que actúa y refiere el hecho es el punto de partida y, en ese sentido, la buena fe, en un sistema jurídico como el nuestro, debe operar como una presunción a favor del justiciable. Entonces, en ese orden de ideas el hecho por el que se le juzgue, deberá estudiarse desde este aspecto garantista. El justiciable que invoque esta figura estará en consecuencia obligado a adecuar el acto "erróneo" al marco legal de referencia. El jurista Claus Roxin se hace la pregunta sobre la claridad que debe existir en el agente. Escribe el alemán:

El autor actúa en error de prohibición cuando al cometer el hecho, es decir en el momento en el momento de la acción, le falta la comprensión del injusto. ¿Pero qué significa esta comprensión del injusto con cuya presencia se excluye desde el principio un error de prohibición? Si el autor, al cometer el hecho, siempre tuviera que pensar en la prohibición, la mayoría de los delincuentes actuarían bajo un error de prohibición pues, al ejecutar el hecho, tienen en la cabeza cosas distintas de la prohibición.

Sin embargo, aquí rige lo que ya he dicho sobre la claridad de la representación de cada una de las circunstancias del hecho. Es suficiente que el autor sepa de lo prohibido aun cuando no piense en ello en ese momento. Se puede conocer con frecuencia tal 'coconsciencia'

por el hecho de que el autor actúa en secreto o toma otras medidas para no ser descubierto. Pues de allí resulta que existe la conciencia de injusto y se efectiviza en la forma de la comisión de los hechos. Por el contrario, no basta para la conciencia del injusto que al autor se le haya anteriormente hecho saber la prohibición pero entretanto ya la haya olvidado. En ese caso se encuentra en un error de prohibición aun cuando hubiera podido llegar a comprender el injusto a través de la reflexión. Esto puede llevar a la evitabilidad del error de prohibición pero no cambia nada en cuanto a su existencia. A menudo la falta de comprensión del injusto, o sea el error de prohibición. Se puede observar por el hecho de que el autor actúa abierta y despreocupadamente.⁴⁷⁶

Tal vez estos argumentos no satisfacen la necesidad de establecer con mayor claridad ese momento en el que el sujeto puede o no evitar el error, pero más aun, que pueda distinguirse entre la evitabilidad o no del mismo, por tal motivo Roxin ahonda en ello cuando señala:

La cuestión práctica más importante del ámbito de la teoría del error consiste en la evitabilidad. El legislador calla sobre los presupuestos de la vencibilidad, y los tribunales tienden –por lo menos en Alemania– en la mayoría de los casos a afirmar su existencia. De hecho, teóricamente casi todo error de prohibición es vencible porque la prohibición, debido al principio de la taxatividad legal (*nullum crimen sine lege*) tiene que ser reconocible, o sea puede verificarse mediante indagaciones incesantes. El Tribunal Federal alemán exige también que el autor 'en todo lo que esté a punto de hacer, debe ser consciente de si ello es compatible con las preposiciones del deber ser jurídico'. Pero ello no puede seriamente llevarse a cabo porque se entorpecería la vida social de manera insostenible si el autor siempre tuviera que emprender largas reflexiones jurídicas antes de dar cada paso. También contradiría esto el espíritu de un ordenamiento jurídico liberal, el cual considera las prohibiciones como excepciones en relación con la libertad de acción del particular. Por ello

⁴⁷⁶ Roxin, Claus, *Op. cit. Problemas Actuales*,.... p. 130.

uno tendrá que contentarse con una normal fidelidad al derecho y se tendrá que admitir un error de prohibición inevitable ya cuando el particular, tal como se dice en el Código penal suizo, 'haya supuesto por motivos suficientes que él estaría facultado para realizar el hecho'. Para tal forma de ver las cosas, la vencibilidad está vinculada a tres presupuestos que deben probarse uno tras otro.⁴⁷⁷

Con estas apreciaciones, Roxin vislumbra en la *evitabilidad del error*, un problema que ha sido dejado para ser resuelto no por la ley, sino en el proceso de aplicación de la misma, a través de las opiniones de la doctrina y mediante el quehacer enriquecedor de los tribunales. Por su parte expone algunos requisitos que debe cumplir el estudio sobre la evitabilidad:

a) Tiene que existir un 'motivo' para verificar la situación jurídica.

En primer lugar, un error de prohibición solamente puede ser visto como invencible cuando el autor tenía un motivo para preocuparse por la legitimidad de su conducta. Existen tres de estos motivos.

El primero es el caso de la duda acerca del injusto. A través de su propia reflexión, de lecturas especializadas o de experiencias anteriores, o también mediante comunicaciones de terceros, el autor puede haber obtenido dudas sobre si aquello que quiere hacer –por ejemplo un negocio- está permitido o no. el puede entonces no dejar abierta la cuestión sino investigar más sobre las dudas. Si por el contrario, aparta las dudas y confía sin más en el carácter permitido de su conducta, el error de prohibición que resultara al cumplir con los demás presupuestos del tipo, será evitable.

En segundo lugar existe un motivo para realizar una evaluación jurídica cuando alguien actúa en un ámbito especial del cual se conoce que está sometido a normas jurídicas. Quien se mueve en el tráfico rodado sabe que hay reglas legales de tráfico que deben ser respetadas por todos. Este es un motivo suficiente para conocerlas. igualmente,

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 132.

quien inicia un negocio de venta de víveres sabe de la existencia de disposiciones jurídicas referidas a los víveres y que buscan impedir peligros para la salud de la población. Esto basta para exigir que se conozcan con exactitud estas disposiciones. Si se omitiera esto, el eventual error de prohibición que se produjera es, dado el caso, vencible. Lo correspondiente rige para otros numerosos ámbitos de la vida que, según todos saben, han experimentado una regulación legal.

En tercer lugar, finalmente, el autor debe reflexionar sobre la legitimidad de su conducta cuando reconozca que a través de ella otros o la colectividad podrían sufrir daños permanentes. Luego, quien ve que ocasiona a otro graves pérdidas económicas, tiene un motivo para averiguar si se está sirviendo de métodos permitidos. Lo correspondiente rige también para casos de empleo de violencia: quien se dispone a lesionar gravemente a otro para repeler un ataque relativamente mínimo tiene que reflexionar si esto todavía estaría cubierto por la legítima defensa. Si sobrepasara los límites de la legítima defensa, en todo caso, el error de prohibición será vencible.^{478 479}

Pedirle al sujeto que "reflexione" sobre la legitimidad de un acto, es pretender que el hombre reflexione sobre el apego de sus actos al marco del derecho, cuando en la realidad existen momentos en los que el acto ocurre bajo "el supuesto" de que se realiza dentro de la norma, o bien, al amparo de ésta. Esta exigencia debe ocurrir antes del acto. En especial para quienes tienen que defender bienes jurídicos a través del uso de la violencia.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, pp. 133 - 134.

⁴⁷⁹ Este mismo autor completa el tema cuando expone: "Por otro lado, resulta que debe admitirse un error de prohibición invencible cuando no pueda afirmarse ninguno de los tres motivos de evaluación. Así, los tribunales alemanes se han ocupado de un caso en el cual dos trabajadores agrícolas, en un pueblo apartado, habían mantenido relaciones sexuales con una mujer enferma mentalmente y estéril. La mujer había estado totalmente de acuerdo. Según el derecho alemán, esta conducta está penada como 'abuso sexual de personas incapaces de resistir'. No obstante, los autores ni siquiera habían llegado a pensar que su conducta hubiera podido estar prohibida. Dado que no se habían producido ninguno de los tres 'motivos' para evaluar la situación jurídica, tal como he expuesto, se les tendrá que reconocer un error de prohibición invencible. Los tribunales también decidieron en este sentido. Por lo demás, son fáciles de imaginar otros errores de prohibición que, según los parámetros aquí expuestos, son invencibles: por ejemplo al infringir levemente los límites de las causas de justificación y al lesionar disposiciones del llamado Derecho penal complementario, que está regulado en leyes especiales y que no es conocido por la generalidad." Roxin, *Op. cit.*, *Problemas actuales*, p. 134.

Bajo un esquema previo puede determinarse la evitabilidad del error de prohibición, pero es Roxin quien establece los demás requisitos sobre el particular:

b) El autor no debe haberse esforzado seriamente por cerciorarse o debe haberlo hecho de manera insuficiente.

Cuando el autor tenía un motivo para evaluar la situación jurídica, su error de prohibición es vencible (bajo reserva del tercer presupuesto que va a analizarse enseguida), en tanto él no se haya esforzado para nada por esclarecer las cosas o estos esfuerzos hayan sido insuficientes. Por el contrario, cuando ha hecho suficientes indagaciones y, pese a todo, ha llegado a un resultado falso, su error de prohibición era invencible y tiene que ser absuelto.

Es muy polémica, en los detalles, la cuestión de cuándo son suficientes los esfuerzos de aseguramiento del autor. No obstante, en lo básico existe un consenso que puede ser resumido como sigue. Según esto, en primer lugar, es posible consultar con un abogado: si éste explica que la conducta planeada por el autor está permitida, el sujeto, al recibir una información falsa, tiene que obtener la concesión de un error de prohibición invencible. No puede importar que el abogado sea más o menos capaz o que la información haya sido impartida después de analizar con poco o mucho cuidado. Y es que esto no lo puede juzgar un profano. Solamente rige una excepción cuando expresamente o, según las circunstancias, implícitamente se exige al abogado un dictamen falso.⁴⁸⁰⁻⁴⁸¹

⁴⁸⁰ *Ibidem*, pp. 134 - 135.

⁴⁸¹ Este mismo autor establece: "Lo que rige para el abogado rige también para las informaciones solicitadas a otras personas o instituciones entendidas en derecho, o sea un profesor de derecho, un juez, un fiscal, una autoridad o funcionario de la jefatura de la policía. Entonces, el ciudadano queda libre cuando haya confiado en la veracidad de una información que en realidad era falsa. Y es que no se le pueden exigir conocimientos jurídicos que ni siquiera poseen los expertos que ha consultado. Por cierto que se requiere que la opinión recabada haya sido impartida de manera vinculante, tal como esto ocurre en las consultas de abogados. Pero si un estudiante plantea una difícil cuestión jurídica al profesor al salir de clases, consulta que éste absuelve sin mayor reflexión, esto no constituye un aseguramiento suficiente. Más bien existe el aseguramiento recién cuando el estudiante busca al profesor en su horario de atención al público y le pide expresamente un consejo jurídico.

También es suficiente que el ciudadano se apoye en el punto de vista de la jurisprudencia o, cuando no hayan sentencias sobre el tema, en la opinión dominante en la ciencia. Y es que estos son

Si una persona hace depender su actuación de la opinión de un profesional del derecho, lo cierto es que no actúa bajo la figura del error *per se* sino que dicho acto (objetivamente comprobable) ha sido realizado en función de una opinión experta. Lo que queda es revisar la opinión ministrada por el abogado, la cual sirva decirlo, puede ser la inductora al error, si en el caso que ocurriera, el acto que debe realizar la persona en cuestión no depende de otros elementos tales como seguir una normatividad que le sea aplicable o bien, las instrucciones de un superior.⁴⁶²

Claus Roxin desarrolla el último de los tres parámetros que propone:

c) Debe haberse podido alcanzar el conocimiento del injusto

Cuando el autor tenía un motivo para preocuparse por la legalidad de su conducta, pero no lo ha hecho o lo ha hecho de manera insuficiente, su error de prohibición todavía no es *eo ipso* vencible. Más bien es aún necesario que el autor también hubiera alcanzado, mediante suficientes

puntos de orientación que permiten reconocer una suficiente fidelidad al derecho. Luego, se presenta un error de prohibición invencible cuando el tribunal, para el caso del autor, juzga apartándose de la jurisprudencia vigente hasta entonces o —en caso de decidir por primera vez sobre el tema— apartándose de la opinión científica dominante. Si se presentan distintas sentencias sobre una cuestión jurídica, uno puede ampararse en la sentencia del tribunal de mayor jerarquía, el cual tiene mayor poder circular. Si la jurisprudencia y la opinión dominante en la ciencia tienen posiciones opuestas, el ciudadano puede seguir la jurisprudencia, pues, si bien su punto de vista jurídico no es necesariamente más correcto que el de los profesores, la jurisprudencia, según la Constitución, es la que decide vinculadamente sobre cuestiones jurídicas. Y en esto debe poder confiar el ciudadano.

Lo más difícil es dar instrucciones de conducta cuando haya dos sentencias opuestas de distintos tribunales. Aquí el ciudadano no puede orientarse sin más en la opinión jurídica que más le convenga sino deberá esperar en lo posible la sentencia en última instancia del tribunal superior jerárquico. Volveré a este problema más tarde al tratar la llamada conciencia eventual de injusto.

Cuando un profano en lo jurídico se esfuerza por esclarecer difíciles cuestiones jurídicas leyendo por sí mismo leyes, sentencias y comentarios, esto no hace sin más invencible su error. Y es que en muchos casos tiene que decirse a sí mismo que sus conocimientos y capacidades no son suficientes para extraer de tales textos conclusiones jurídicamente confiables. Por otro lado, en casos aislados el invocar un texto legal claro y sin ambigüedades frente a sentencias divergentes puede por cierto llevar a un error de prohibición invencible cuando no se haya pasado por alto ningún punto de vista decisivo. Y es que en caso contrario, se desconocería al texto legal, de manera dudosamente constitucional, la función orientadora que debería tener también para cada ciudadano." Roxin, *Op. cit.*, *Problemas actuales*, pp. 135 - 136.

⁴⁶² En el caso de los servidores públicos, es conocido el hecho que depende su actuar de la normativa que les resulta aplicable, bajo el principio de legalidad consistente en que una autoridad sólo puede realizar aquello que está determinado por la ley. Así, para el caso que un servidor público con cierto mandato, no puede hacer depender sus actos de una opinión jurídica sobre la legalidad o procedencia de los mismos, más allá de esto, debe someter su actuación al marco jurídico que le corresponde. N. del A.

esfuerzos de aseguramiento, realmente una acertada comprensión jurídica. Por ejemplo si el abogado, cuya consulta ha sido omitida, hubiera declarado que la conducta guarda conformidad con la ley, invocando la jurisprudencia de entonces, la conducta que el autor ha puesto en práctica sin ninguna evaluación hay sido efectuada bajo un error de prohibición invencible. Y es que incluso si hubiera actuado correctamente no hubiera podido llegar a comprender el injusto de su hacer. Luego, no es que, como ha supuesto antiguamente el Tribunal Federal alemán, las indagaciones omitidas llevarían en todo caso a la vencibilidad de un error de prohibición. No es la lesión de un deber de indagación, sino solamente la posibilidad de alcanzar la comprensión del injusto lo que hace vencible a un error de prohibición.⁴⁸³⁻⁴⁸⁴

La creencia del actuar acorde con el marco normativo, bajo interpretaciones falsas, equívocas, o distorsionadas del sentido primigenio puede ser producto de la manera en que se establece la norma en concreto. La norma en esencia permite un trabajo de interpretación, lo que implica la posibilidad de que su estructura dificulte la explicación sobre su sentido. Un deber del Aparato de Gobierno, a través de sus órganos encargados del proceso legislativo es sin duda que esa norma sea comprensible en primer lugar por la mayoría de las personas destinatarias. Ello sin duda permitiría evitar que el error de prohibición se produzca por una diversa interpretación de

⁴⁸³ Roxin, *Op. cit.*, *Problemas actuales*, p. 136.

⁴⁸⁴ Blanco Lozano resume estos parámetros: "El juicio valorativo sobre la *invencibilidad* o *vencibilidad* del error de prohibición, o lo que es lo mismo, acerca de si fue inevitable o evitable, ha de abarcar los siguientes aspectos:

a) La ponderación de si el agente tuvo a su alcance los medios adecuados de conocimiento del injusto, cuales son:

a') La reflexión, en cuanto esfuerzo cognoscitivo dirigido a la clarificación de la situación jurídica.

b') La información cultural, social y jurídica suficiente, emanada de fuentes de conocimiento adecuadas.

b) La valoración axiológica de si le era exigible al agente recurrir a tales medios adecuados de conocimiento del injusto, exigibilidad que debe concretarse conforma a las reglas generales del reproche de la culpabilidad.

Tal juicio, acerca de si el error de prohibición del sujeto activo fue *invencible* o *vencible*, a pesar de discurrir por los cauces precitados, es sumamente complejo, dada la imposibilidad probatoria del terreno sobre el que se asienta, que no es otro que el de la íntima conciencia del individuo. Blanco Lozano, *Op. cit.*, *Tratado...*, p. 387.

la norma. La segunda tarea fundamental de esos órganos es: difundir la norma al grado de certeza de que los ciudadanos están enterados de su existencia y, en la medida de lo posible, de su alcance. En España, Blanco Lozano explica que han sido los tribunales quienes se han encargado de desentrañar el problema del error de prohibición:

a) No puede aceptarse el error cuando el sujeto actúa empleando vías de hecho desautorizadas por el Ordenamiento jurídico que todo el mundo sabe y a todo el mundo le consta que están prohibidas⁴⁶⁵.

b) Tampoco es de apreciar el error cuando el autor emplea un medio comisivo clandestino, reservado y solapado, de que se sirve para ejecutar la infracción penal⁴⁶⁶.

c) Deben ser valoradas, en el seno del caso concreto, las circunstancias tanto subjetivas como ambientales que envolvieron al autor en la ejecución del hecho⁴⁶⁷.

d) Asimismo, deben ser ponderadas las características profesionales, psicológicas y culturales del agente⁴⁶⁸.

e) En consecuencia, deben ser atendidos todos los datos y circunstancias (anteriores, simultáneos y posteriores) concurrentes en el acto y/o en el sujeto, que puedan servir de base a la apreciación del error de prohibición⁴⁶⁹.

f) El error no sería acogible cuando, en un orden de pensamiento normal conforme a cánones habituales consagrados por la experiencia y

⁴⁶⁵ SSTS de 1 de febrero de 1986 y de 12 de noviembre de 1986. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 388.

⁴⁶⁶ STS de 24 de abril de 1985. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 388.

⁴⁶⁷ SSTS de 18 de septiembre de 1984 y 23 de septiembre de 1986. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 388.

⁴⁶⁸ SSTS de 21 de febrero de 1986, 5 de marzo de 1986, 13 de marzo de 1987, 8 de febrero de 1991, 16 de marzo de 1991, 28 de febrero de 1992, 24 de febrero de 1993, 9 de marzo de 1993 y 13 de marzo de 1997.

⁴⁶⁹ SSTS de 3 de enero de 1985 y 13 de marzo de 1987. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 388.

el sentir social, no existan motivos para considerar que el agente se hallare desprovisto de la normal conciencia de la antijuricidad o, al menos, de la fundada sospecha de que su proceder es contrario a Derecho⁴⁹⁰.

g) Deben tenerse a este respecto especialmente en cuenta los conocimientos que tuviera o hubiera podido o debido tener el agente, tanto como las posibilidades que se le ofrecieron de informarse de un modo preciso, de instrucción y asesoramiento, como de acudir a los medios que le permitieran conocer las consecuencias jurídicas de su obrar⁴⁹¹, siendo en tal sentido especialmente valorables circunstancias tales como, por ejemplo, las que a continuación se apuntan:

a) La profesión del sujeto activo.⁴⁹²

b) Difícilmente pues, podrá alegar error de prohibición directo:

a") Un profesional del Derecho.⁴⁹³

b") Un vigilante jurado.⁴⁹⁴

c") Un Alcalde, que siempre pudo contar con el asesoramiento del Secretario del Ayuntamiento.⁴⁹⁵

c) El hecho de que el individuo hubiese firmado un documento en el que expresamente constaba que se daba por enterado de las

⁴⁹⁰ SSTs de 18 de noviembre de 1991, 1 de marzo de 1995 y 18 de marzo de dicho año. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 388.

⁴⁹¹ SSTs de 21 de febrero de 1986, 8 de febrero de 1991, 16 de marzo de 1991, 28 de febrero de 1992, 24 de febrero de 1993, 3 de noviembre de 1994 y 30 de enero de 1986. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 389.

⁴⁹² SSTs de 26 de julio de 1985 y de 12 de noviembre de 1986. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 389.

⁴⁹³ STS de 15 de octubre de 1996. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 389.

⁴⁹⁴ STS de 15 de octubre de 1996. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 389.

⁴⁹⁵ SSTs de 3 de enero de 1985, 8 de febrero de 1991, 16 de marzo de 1991, 28 de febrero de 1992 y 21 de marzo de 1997. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 389.

obligaciones y deberes que contraía, así como de las responsabilidades jurídicas en que podía incurrir.⁴⁹⁶

h) También deber ser tenido presente el hecho de que el agente 'tenga ya cierta *veteranía* en la materia criminal por la que se le enjuicia', *veteranía* que viene avalada por el dato de que previamente haya sido juzgado y condenado por la misma materia criminal.⁴⁹⁷ [...]

j) No se debe apreciar el error de prohibición cuando existan *motivos fundados*⁴⁹⁸ para pensar que el agente tiene:

a) *Seguridad* respecto a su proceder antijurídico⁴⁹⁹, o bien, cuando menos:

b) *Conciencia de la alta probabilidad* de antijuricidad de su acción.⁵⁰⁰

El trabajo realizado por los tribunales españoles poco a poco van delineando las reglas aplicables a las variantes del error. Estas reglas de apreciación, permiten al juzgador valorar el hecho imputado con un mayor grado de objetividad, a pesar de los elementos que cada caso en particular proporciona. Así tenemos que el juicio sobre la evitabilidad del error contendrá aspectos objetivamente sustentables tales como:

1) Respecto a los medios de ejecución: no puede aceptarse el error cuando el sujeto actúa empleando *vías de hecho* desautorizadas por el Ordenamiento jurídico y que es de conocimiento general su carácter prohibido. Como tampoco es de apreciar el error cuando el autor emplea

⁴⁹⁶ STS de 29 de mayo de 1985. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 389.

⁴⁹⁷ STS de 18 de noviembre de 1985. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 389.

⁴⁹⁸ Cfr. SSTS de 14 de febrero de 1987, 26 de mayo de 1987, 18 de noviembre de 1991 y 29 de enero de 1996. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 389.

⁴⁹⁹ STS de 21 de noviembre de 1991. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 389.

⁵⁰⁰ STS de 18 de marzo de 1995. Citado por Blanco Lozano, *Op. cit., Tratado de Derecho Penal...*, p. 389.

un medio comisivo clandestino, de que se sirve para ejecutar el ilícito penal.

2) Deben ser valoradas, en el seno del caso concreto, las circunstancias en las que el sujeto realiza el hecho. Aplicando, en lo posible, el principio *ex ante* para determinar las causas que dieron origen al hecho en sí.

3) Deben tomarse en cuenta las características *profesionales, psicológicas y culturales* del agente, pues tratándose de un error que afecta el conocimiento del hecho, es necesario determinar si podía acceder a dicho conocimiento o no.⁵⁰¹

4) Retomamos la decisión de los tribunales españoles cuando atienden que el error no sería *acogible* cuando, *en un orden de pensamiento normal conforme a cánones habituales consagrados por la experiencia y el sentir social*, no existan motivos para considerar que el agente se hallare desprovisto de la *normal conciencia de la antijuricidad* o, al menos, de la *fundada sospecha de que su proceder es contrario a Derecho*.

5) También deber ser tenido presente el hecho de que el agente 'tenga ya *cierta experiencia* en la materia criminal por la que se le enjuicia', *experiencia* que debe ser avalada por el dato de que

⁵⁰¹ La jurista española Trapero Barreales expone: "El deber de información puede plantear alguna peculiaridad en el error directo sobre la existencia y límites de una causa de justificación. Normalmente el sujeto que se dispone a llevar a cabo una determinada conducta dispone de un tiempo más o menos largo antes de actuar, tiempo en el que puede reflexionar e informarse sobre las posibles consecuencias y efectos del hecho. Pero cuando se alega un error sobre la existencia o límites de la causa de justificación puede suceder que la actuación del sujeto ha de ser inmediata, no se puede demorar la intervención so pena de que, en opinión del sujeto, la lesión del bien jurídico se produzca definitivamente." Trapero Barreales, *Op. cit.*, *El error*.... p. 511.

previamente haya sido juzgado y condenado por un delito de la misma materia, esto es, que se trate de reincidencia específica.⁵⁰²

Es Claus Roxin quien se hace el cuestionamiento sobre el momento en que debe darse el error, si es que éste debe ser invencible cuando ocurre el hecho:

Ya hemos oído que un error de prohibición jurídicamente relevante debe existir en el momento de la comisión del hecho, pero que puede ser variada la claridad de la representación de la prohibición. Pero, ¿su invencibilidad, cuando vaya en contra del autor, debe haber estado presente también en el momento del hecho? Esto ocurre a menudo. Quien por ejemplo, a consecuencia de un error de prohibición se hace culpable de un delito tributario mayormente todavía podría evitar el error, en el momento de la comisión del hecho. Consultando a un experto. Pero muchas veces ocurre otra cosa. Quien atenta contra tipos penales del Derecho de tráfico rodado por no haber aprendido nunca las reglas de tráfico, no pudo evitar sus errores de prohibición en el momento de la concreta situación del hecho. Y es que, en este momento no tuvo ya ninguna posibilidad de adquirir el conocimiento de las prohibiciones.

⁵⁰² Para resolver problemas relativos al error, Claus Roxin escribe: "También los múltiples supuestos de error cabe solucionarlos desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho con arreglo a una idea unitaria. Resumido en principios resulta lo siguiente:

1. Las situaciones de error han de separarse claramente de las situaciones coactivas de plurales matices. Mientras que en los casos de coacción la autoría mediata del sujeto de detrás se basa en el dominio (orientado al principio de responsabilidad) de las decisiones volitivas del ejecutor directo, aquí importa la supradeterminación que confiere sentido del comportamiento libremente elegido por el ejecutor.
2. La posibilidad de supradeterminación configuradora se basa en el carácter gradual del dominio del hecho, articulándose (en función del conocimiento de las circunstancias facticas, de la antijuridicidad material, de los elementos de la reprochabilidad y del sentido concreto de la acción) en cuatro grados, de los cuales el superior respectivo confiere al sujeto de detrás el dominio del hecho sobre el ejecutor directo.
3. El dominio por parte del sujeto de detrás se explica por la circunstancia de que en virtud de su saber más amplio capta con más profundidad el significado social del suceso y consiguientemente es capaz de configurar él solo el sentido del suceso de la acción, dependiendo de la medida de su conocimiento trascendente, pues el ejecutor directo no puede oponer su libre voluntad inhibitoria y autónoma a lo que no es accesible para su entendimiento.
4. La solución a la que así se llega es independiente de las distintas teorías sobre el error y de las controversias relativas a la ubicación sistemática del concepto de dolo y al alcance de su contenido." Roxin, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7ª ed., Marcial Pons, (trad. de la 7ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid, 2000, pp. 258 - 259.

Pero sería muy injusto absolverlo mediante un error de prohibición invencible. Por ello tiene que considerarse permitido recurrir, en lo referente a la evitabilidad, a una culpabilidad anterior. Esta culpabilidad anterior no es ninguna 'culpabilidad por el estilo de vida', tal como ha opinado alguna vez el Tribunal Federal alemán. Y es que solamente puede uno apoyar una condena en una culpabilidad referida al hecho concreto. El 'estilo de vida' de una persona no se encuentra sometido al juicio de los tribunales penales. Cuando se coloca la base de la vencibilidad de un error de prohibición en una culpabilidad previa, se trata con ello más bien de una construcción que se corresponde con la 'culpabilidad por asunción' [Übernahmeverschulden] en actos imprudentes. Cuando alguien al volante de su auto causa un accidente de tráfico, debido a que con sus ojos debilitados ya no puede observar con suficiente exactitud los sucesos de la calle, no pudo evitar el accidente en la concreta situación del tráfico. A pesar de todo, se le penará por un hecho imprudente; su imprudencia consiste en que, pese a su debilidad visual que él conocía, se ha introducido con su automóvil en el tráfico rodado. De manera análoga puede fundamentarse la vencibilidad del error de prohibición en mi ejemplo inicial por el hecho de que el autor ha participado en el tráfico rodado pese a que sabía que le eran desconocidas las reglas de tráfico. La analogía está justificada pues el error de prohibición representa una 'imprudencia del hecho'. En ambos casos, la condena no se basa en una culpabilidad por el estilo de vida, sino se vincula a una conducta anterior que puede ser descrita con exactitud y es culpable. Esto está permitido sin ninguna duda.⁵⁰³

Si bien es cierto que no se juzga el estilo de vida de una persona, también lo es el hecho que, a través del mismo se puede establecer si existía la posibilidad de acceso al conocimiento que nos importa como lo es la prohibición a la que está sujeto ya sea en su carácter de contribuyente o de conductor de un vehículo. De ahí que se permita retrotraerse al instante previo

⁵⁰³ Roxin, Claus, *Op. cit.*, *Problemas...*, pp. 139 - 140.

al hecho, para arribar a una respuesta a la pregunta: ¿sabía el agente de la prohibición? Y, en su caso, determinar la imprudencia o no de su actuar. Esta operación mental, consistente en aplicar el principio *ex ante*, permite distinguir el error por inhabilidad o bien el error por falsa o nula apreciación de la realidad.⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ Roxin señala un principio similar al exponer lo relativo al error por mandato. El jurista alemán escribe: "El autor de un delito de omisión no atenta contra una prohibición sino contra un mandato, es decir contra un deber de actuar. Cuando no conocía este mandato, no se encuentra en un error de prohibición, sino en un error de mandato. Pero este error de mandato es tratado según las reglas del error de prohibición tal como por ejemplo expresamente declara el Código penal mexicano para el Distrito Federal. Esto significa en la práctica: si el desconocimiento de un mandato era invencible para el autor, se excluyen la culpabilidad y la pena. Si era vencible, el autor será penado por un delito doloso; pero la pena se atenuará.

Debe observarse que un error de mandato invencible ocurre, en los delitos de omisión, con más frecuencia que un correspondiente error de prohibición en delitos de comisión. Así, mientras que en los delitos de comisión se presenta una intervención activa en una esfera jurídica ajena, cuyo carácter prohibido resulta ya evidente a través de la afección de otros, en los delitos de omisión no resulta fácil reconocer cuándo el particular, bajo el peligro de una punibilidad, es llamado a actuar. Luego, será más raro que exista un 'motivo' para reflexionar sobre su deber penal de actuar.

Se distingue entre delitos de omisión impropios y propios. Los delitos impropios de omisión se penan a partir del correspondiente tipo de comisión cuando el omitente tiene una llamada posición de garante, es decir, cuando recae en él una responsabilidad especial de preservar el bien jurídico tutelado.

Así ocurre por ejemplo en la relación entre padres e hijos: cuando los primeros omiten dolosamente alimentar a su hijo o llevarlo al médico cuando está enfermo, de manera que el hijo muere, se les pena por homicidio doloso omisivo. Al lado de estos delitos de omisión impropia existen también los de omisión propia, los cuales no se corresponden con ningún tipo de comisión y cuya punición proviene de tipos autónomos. Así, en Alemania, existe el tipo de omisión de auxilio, según el cual se sanciona penalmente a aquel que, en casos de accidentes fortuitos, no presta ninguna ayuda. Luego, cuando ni el padre ni un transeúnte que casualmente pasa por el lugar de los hechos de preocupan por un niño accidentado, de manera que éste muere como consecuencia del accidente, el padre será penado por un homicidio doloso omisivo, y el transeúnte por omisión de auxilio (este último, por cierto, con una pena mucho más baja).

Ahora bien, la regulación del error de prohibición rige de igual modo para delitos impropios y propios de omisión. Entonces, en mi ejemplo, cuando el padre no ha sabido que es responsable de la vida de su hijo, y cuando tampoco el transeúnte se ha sentido obligado a prestar ayuda, ambos serán penados por un delito doloso de omisión bajo un error vencible de mandato (aunque a partir de diferentes tipos: el padre, mediante el tipo de homicidio, el transeúnte mediante el de omisión de auxilio).

Es importante diferenciar el deber correspondiente de los hechos de los cuales resulta aquél. Y es que el error sobre los hechos que fundamentan el deber es un error de tipo y excluye el dolo. Luego, cuando el padre no ha reconocido, por falta de atención, que el niño accidentado es su propio hijo, solamente puede ser penado por homicidio doloso mediante omisión (y además por omisión dolosa de prestar auxilio). Y cuando el transeúnte permanece inactivo porque ni siquiera ha notado el accidente, entonces debe quedar impune. Y es que la omisión culposa de auxilio no es punible." Roxin, *Op. cit.*, *Problemas actuales*, pp. 140 - 141.

4.4. Las consecuencias jurídicas del error sobre la prohibición.

La actualización del error de prohibición trae aparejada, por su propia variedad, distintos efectos jurídicos, pero tal pareciera que merece un interés fundamental la atenuación del mismo cuando se considera invencible. Y hacemos este señalamiento porque las bases para determinar dicha sanción no terminan de convencer a la doctrina en el mundo. Hemos los que discrepamos del efecto jurídico que le es atribuido, de tal manera que consideramos necesario hacer el análisis sobre este aspecto. El jurista Francisco Pavón Vasconcelos adelanta sobre este tema:

En nuestro derecho, el art. 15, [fracción] VIII del c.p., declara causa de exclusión del delito cuando 'Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o B) Respecto de la ilicitud de la conducta ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código [...]'. En la primera parte del precepto está consignada, como causa de exclusión del delito, el error de tipo, por cuanto el error recae sobre alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, en tanto la segunda parte del dispositivo alude al llamado error de prohibición tanto directo como indirecto (cuando el sujeto por error estime lícita su conducta), siendo evidente, tomando en consideración el texto de la parte final de la fracción citadas, que el error es inculpable cuando es invencible, pues de ser el mismo vencible o superable, no se excluye el delito, el que podrá imputarse al agente y sancionarse, conforme a la parte final del artículo 66, esto es, en el particular caso del error de permisión o error de

prohibición indirecto, con una pena de hasta una tercera parte del delito de que se trate.⁵⁰⁵

Se trata de una atenuación independientemente de la formulación del tipo, esto es, que aun cuando el tipo no pueda actualizarse a título de culpa, prevalecerá la atenuación del mismo. Debemos recordar que las características de los tipos que admiten la forma culposa tienen rasgos de irreflexión, falta de cuidado, descuido, imprudencia, falta de pericia, etcétera, elementos que contribuyen al yerro humano⁵⁰⁶. Con esos mismos elementos puede constituirse el error, por lo que debiera tener un trato similar.⁵⁰⁷ Maurach señala:

El error de prohibición *inevitable* simplemente *excluye la culpabilidad*. El § 17, cl. 1ª, determina: 'Si faltare al autor, al cometer el hecho, la comprensión de perpetrar un ilícito, actúa sin culpabilidad si no pudo evitar dicho error'. Si bien desde el punto de vista de la estructura

⁵⁰⁵ Pavón Vasconcelos, *Op. cit.*, *Diccionario*, p. 438.

⁵⁰⁶ Maurach escribe: En relación con la conciencia del ilícito y la posibilidad de un error de prohibición en el caso de hechos punibles culposos, [...] ÖStGB determina, con más precisión aplicarse, actuando el autor con dolo, la conminación de pena prevista para el hecho cometido con dolo; sin culpa, la prevista para el hecho culposo'. Maurach, Reihart, *et al.*, *Op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 669.

⁵⁰⁷ la doctora Román Quiroz expone: "El legislador ha configurado el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad. Por tanto, si los tres sujetos de los casos de partida no pudieron vencer o evitar su error, entonces actúan de modo típico y antijurídico, pero no culpable, y han de ser absueltos. Si el error, como sucede en la mayoría de los casos, fue vencible, tampoco excluye la culpabilidad, sino que conduce sólo a una atenuación facultativa de la pena.

Una concepción así del error de prohibición como causa de exclusión o de atenuación de la culpabilidad no resulta en modo alguno evidente, sino que es el resultado de una larga evolución y resulta aún hoy discutida.

En la doctrina científica se impuso por consiguiente la opinión de que un error de prohibición debe disculpar como mínimo cuando s invencible y pro tanto no reprochable. Quien no posee la posibilidad de acceder al conocimiento de la norma no es normativamente asequible. Y actúa sin culpabilidad, y tampoco puede por tanto ser castigado. Sin embargo siguió discutiéndose mucho cómo repercute un error de prohibición vencible en la culpabilidad. A este respecto se configuraron las dos concepciones opuestas (teoría del dolo y de la culpabilidad) —con múltiples matices y variaciones en los pormenores—, que se expusieron en el punto anterior.

La divisibilidad de la conciencia de la antijuricidad es, por otra parte, la clave para resolver el problema del llamado doble error de prohibición: el sujeto no conoce la prohibición específica del tipo, pero considera prohibido por otra razón su hecho. *E.g.*, un tío seduce a su sobrina de quince años: no sabe que la seducción de muchachas de quince años está prohibida, pero erróneamente piensa que las relaciones sexuales entre tío y sobrina están prohibidas como incesto. El sujeto tiene aquí una 'falsa' conciencia de la antijuricidad, es decir aprecia una prohibición que no existe, pero no conoce la realmente existente. Se trata de un error de prohibición, porque falta la conciencia del injusto específico del tipo." *Op. cit.*, *La culpabilidad...*, pp. 205 – 206.

delictiva el hecho sigue siendo *doloso*, ello no afecta al autor, por cuanto el dolo libre de valoraciones nada predice por sí solo acerca de la enemistad o indiferencia del autor frente al derecho. Pero también desaparece toda posibilidad de atribuir responsabilidad por culpa al autor: éste realizó el tipo *dolosamente*, sin perjuicio de haber carecido de la posibilidad de efectuar una *valoración* correcta, es decir, desde la perspectiva de la comunidad. El error de prohibición inevitable trae como consecuencia forzosa la absolución.⁵⁰⁸

La inevitabilidad del error de prohibición, como en el caso del error de tipo, recibe el mismo tratamiento. Hasta este momento no hay mucho más que aportar salvo el cambio en la ubicación de acuerdo con el sistema jurídico adoptado. Los problemas de fondo comienzan al adentrarse a la vencibilidad del error de prohibición. Así, el autor alemán señala:

El error de prohibición *evitable* deja subsistente el cuadro global de un hecho delictivo doloso, pero crea la posibilidad de aplicar una pena atenuada debido a una *culpabilidad disminuida*: 'Si el autor pudo evitar el error, la pena podrá ser atenuada conforme al § 49, inc. 1º (§ 17, cl. 2ª). También en el caso del error de prohibición *evitable*, el hecho es plenamente delictivo desde una perspectiva *cuantitativa*, aun cuando las más de las veces no lo sea bajo un prisma *cuantitativo*. Gracias a la conducción del suceder operada por el dolo, el tipo de ilícito se presenta tanto en su parte objetiva como subjetiva; el autor actúa *dolosamente* (BGH, 209). Faltan *causales de justificación*; y hay responsabilidad por el hecho, dado que al autor le era exigible un comportamiento conforme a derecho. Por último, también se da la capacidad de culpabilidad en cuanto capacidad de comprensión *general* (preponderantemente referida al autor). Falta, en todo caso, una conciencia *actual* de ilícito; pero esta ausencia perjudica al autor, dado que la *evitabilidad* del error acredita la existencia de la conciencia de ilícito en su forma *potencial*; al producirse

⁵⁰⁸ Maurach, Reinhart, et al. *Op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 668.

la correspondiente tensión de sus fuerzas espirituales y morales, el autor debe reconocer el carácter no permitido de su actuar. El error de prohibición evitable, sin perjuicio del carácter fundamental doloso de la acción, es *causal de atenuación facultativa de la pena*.⁵⁰⁹

Si se ubica dentro de los elementos del tipo al dolo, éste subsiste en el error de prohibición, pues el yerro se actualiza por cuanto hace a la conciencia sobre la ilicitud, como un aspecto cognitivo y no como un elemento volitivo, sin embargo es importante resaltar en abono a nuestra posición que ese aspecto volitivo (y correspondiente por ser un aspecto subjetivo) está viciado por la *falta de conocimiento*. El sujeto que obra bajo esta clase de error, no puede decirse que obre con dominio del hecho. Pero Maurach funda una posición contraria:

Contra lo que ocurre en lo relativo a los efectos de la *capacidad de imputabilidad disminuida*, tema en el cual existen opiniones divergentes, la concepción según la cual el error de prohibición evitable conduce a una atenuación sólo facultativa de la pena, no es objeto de discusión. La total indiferencia frente a las exigencias de la vida social, la ceguera jurídica, la enemistad hacia el derecho y casos similares de evitabilidad del error, no sólo dejan subsistente la potencialidad de la conciencia del ilícito sino, además, gravan al autor con el reproche de una actitud asocial, de tal modo que sería equivocado proceder a una atenuación de pena. La cuestión relativa a si el error de prohibición evitable permite la apreciación de una culpabilidad disminuida pertenece al ámbito de la medición judicial de la pena.⁵¹⁰

Cuando este gran jurista alemán señala en el párrafo anterior que algunas formas del error de prohibición son "la total indiferencia frente a las exigencias de la vida social, la ceguera jurídica, la enemistad hacia el derecho", es claro que permite columbrar el por qué se atenúa (en lugar de eximir de) la

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 669.

⁵¹⁰ *Ibidem*.

pena. Pero disentimos al pretender establecer al error de prohibición como un acto indiferente o enemigo del derecho, pues el error no ocurre siempre bajo estos aspectos. El error más bien puede tener la cara de la ignorancia o de la equívoca apreciación del derecho (ya se trate de error directo o indirecto de prohibición). Pero si fuera sólo obra del juzgador tener que valorar la causa del error, debería tener también la posibilidad de eximir y no el de aplicar entre un límite mínimo y máximo en la atenuación de la sanción.⁵¹¹ Francisco Muñoz Conde establece sobre el efecto jurídico del error:

⁵¹¹ Jakobs señala: "En cuanto a los defectos cognitivos que afectan de tal manera al estado o al curso del mundo exterior que el autor desconoce los efectos que genera –se trataría más o menos, en términos jurídico-penales, de un error de tipo-, con lo dicho puede explicarse por qué tiene efecto exonerador: un comportamiento en el que aparece un defecto cognitivo de esas características no ofrece un patrón válido en una sociedad que trata a la realidad de manera racional; no puede tener carácter ejemplar; ese comportamiento ni siquiera puede interpretarse como protesta contra la realidad en su configuración actual, ya que ésta, en cuanto realidad completamente impersonal, no constituye un destinatario idóneo al que pudiesen dirigirse protestas. Quien se comporta (sea que ello se corresponde con su plan, sea que es contrario a su plan, pero que el sujeto no presta atención a la hora de ejecutarlo) como si dos por dos fuesen cinco, o como si el granito pudiese flotar en el agua, o quien yerra de manera menos drástica, pero decisiva para el resultado, no aporta con su comportamiento nada que sea comunicativamente relevante –pensase lo que pensase en su foro interno-; se puede aprender de su fracaso, pero sólo para no volver a fracasar en el futuro. Además debe tenerse en cuenta lo siguiente: un comportamiento con defectos cognitivos conlleva el peligro de una *poena naturalis*. Hablando en términos ejemplificativos: quien conduce ebrio un automóvil y parte de la base de que no ocurrirá nada malo, probablemente se dará cuenta, en caso de ocurrir un accidente, de que no sólo dañó a otros, sino también a sí mismo, o que aunque sólo afectó a otros, éstos son personas cuyo sufrimiento no le es indiferente. No se sabe con anterioridad lo que un comportamiento defectuoso puede llegar a causar. Por consiguiente, todo ser humano que quiera organizarse racionalmente intentará (con independencia de la imputación jurídico-penal, simplemente para evitar una *poena naturalis*) no haber cálculos erróneos, y lo hará de dos maneras distintas: por un lado, fijándose lo mejor posible en qué es lo que ocurre, y por otro, intentando seguir aprendiendo, para reducir el ámbito de lo que para él resulta inevitable.

Que un comportamiento con un defecto cognitivo no sea determinante en el plano comunicativo es independiente, en principio, de que se trate de un defecto cognitivo puro e inevitable –en el sentido de que, incluso de haber concurrido un querer-saber óptimo, el defecto no podría haberse evitado-, o de que el defecto cognitivo provenga de un defecto volitivo, esto es, que se habría evitado en caso de haber sido óptima la voluntad de conocer. A grandes rasgos, esto significa lo siguiente: la irrelevancia comunicativa no depende de que el comportamiento se malograse por imprudencia o de manera inevitable; incluso sucede que a la persona descuidada, imprudente por tanto, no se le considera –a diferencia de quien yerra de manera inevitable alguien que ha tenido mala suerte, sino que lleva el estigma de ser descuidado; tiene que atribuirse a sí mismo su mala situación, mientras que la persona que ha tenido mala suerte al menos puede ser objeto de compasión.

Se afirma que es específicamente el principio de culpabilidad el que requiere que queden impunes aquellas personas que yerran de manera inevitable acerca de las consecuencias de su comportamiento, y que esto también ocurra en el caso de quienes yerran de manera evitable, o que éstos en todo caso reciban una pena inferior a la de los autores que obran con dolo, después de lo expuesto hasta el momento, queda claro que esa afirmación en el mejor de los casos, es una definición, y en el peor encubre determinadas finalidades, pero en todo caso no constituye a fundamentación de la relación entre conocimiento y culpabilidad, error e inocencia. En este sentido, y como he expuesto, la inevitabilidad de

Dolo y conocimiento de la antijuricidad son, pues, para la teoría de la culpabilidad, conceptos distintos y con distinta función dogmática.

De aquí se deduce una ulterior e importante consecuencia: el conocimiento de la antijuricidad al tener una naturaleza distinta al dolo no requiere el mismo grado de conciencia; el conocimiento de la antijuricidad no tiene, por tanto, que ser actual, puede ser simplemente *potencial*, importando no tanto la conciencia de la antijuricidad en el momento del hecho, como la posibilidad de haberla tenido, si se hubiese esforzado en ello el sujeto.

Bajo estas premisas se comprende el rápido éxito, no sólo teórico, sino práctico, legislativo y jurisprudencial, que ha tenido la teoría de la culpabilidad. El error evitable de prohibición no conduce ya indefectiblemente al tipo de delito imprudente y, con ello, en los casos en que la comisión imprudente no sea punible, a la impunidad, sino todo lo más a la atenuación del marco penal del delito doloso cometido. Naturalmente, se podrá decir que esto no es más que una hábil maniobra para evitar la impunidad a que conduce la teoría del dolo, pero que en el fondo la atenuación, cuando es obligatoria, del marco penal del delito doloso no es más que una forma específica de calificar la *culpa iuris*, que, como la *culpa facti*, seguiría siendo una forma de imprudencia.⁵¹²

un error sólo constituye un argumento en el ámbito de la imputación si se parte de que la realidad es susceptible de ser dominada; una realidad concebida de esa manera no necesita de la imputación de consecuencias fortuitas. Más aún que se imputase en ese caso tendría efectos disfuncionales, ya que al imputarse ese tipo de consecuencias se tambalearía el eje de la representación vigente de la realidad, esto es, que la realidad puede planificarse. Por consiguiente, no existe un elemento de la culpabilidad previo a la sociedad llamado 'inevitabilidad' que tuviese que ser respetado por toda la sociedad; al contrario, la percepción social de la realidad es la que determina bajo qué condiciones debe imputarse, y si la presencia de un error resulta ser un obstáculo para ello, puede denominarse la imputación de consecuencias de un comportamiento culpable 'principio de culpabilidad' y contraponerlo a la imputación del destino, sin que con ello, sin embargo, pueda excluirse que en ambos casos, tanto en el de la imputación de culpabilidad como en el de imputación de destino, se trate de instituciones sociales que sean ambas perfectamente funcionales, dependiendo del estadio de desarrollo de la sociedad en cuestión. Dicho con otras palabras: en la sociedad desmitificada, el principio de culpabilidad tiene una función." *Op. cit., Moderna...*, p. 102 -103.

⁵¹² Muñoz Conde, Francisco. *Op. cit., El error en Derecho Penal...*, p. 33.

En nuestra opinión resulta que la sanción al error de prohibición vencible no es sino una extensión que desnaturaliza el concepto de error. Este mismo autor explica:

Esto se ha dicho ya del pfo. 3º del art. 6 bis a) de nuestro Código penal⁵¹³. Pero el mérito de haber posibilitado el castigo, si bien atenuado, del delito doloso en todos los casos de error evitable de prohibición, corresponde en la historia de la dogmática jurídico-penal a la teoría de la culpabilidad y no a la teoría del dolo aunque ya fuera sólo por esto habría que conceder también a la teoría de la culpabilidad una importante contribución político-criminal que favoreció la acogida de la relevancia del error de prohibición en los textos legislativos y en las decisiones jurisprudenciales. Si bien hay que reconocer inmediatamente que ello ha sido deplorado por algún autor que considera que una punición general del error de prohibición vencible, aunque con la pena atenuada del delito doloso, es político-criminalmente improcedente y conduce a una excesiva extensión de la punibilidad. Esto puede ser discutible en algún caso, pero no cabe duda que la teoría de la culpabilidad cubre mejor las lagunas de punibilidad que inevitablemente surgen en la teoría del dolo que, salvo en alguna complicada variante como la propuesta en el Proyecto de 1936 (creación de una cláusula general para castigar los casos de culpa iuris), obligada a la impunidad cuando no existía el correspondiente tipo imprudente al que vincular el error vencible de prohibición.⁵¹⁴

Aun cuando discrepamos de la opinión de este gran penalista español, lo cierto es que esta adherido a la corriente mayoritaria.⁵¹⁵ La función de la pena

⁵¹³ Se refiere al Código penal español. N. del A.

⁵¹⁴ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, *El error en Derecho Penal...* p. 35.

⁵¹⁵ Así, Muñoz Conde Explica: "Además de esta importante contribución político-criminal, al éxito de la teoría de la culpabilidad contribuyó también la clase de conocimiento de la antijuricidad exigido por la misma. Pues para esta teoría el conocimiento de la antijuricidad no tiene ser, como para la teoría del dolo, un conocimiento actual, sino que basta que sea uno meramente potencial; es decir, es suficiente que el sujeto haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud de su hecho, aunque en el caso concreto no tuviera ese conocimiento.

en el concierto social impide que un hecho que reprueba la sociedad se quede sin castigo, sin embargo, yendo a la naturaleza del hecho mismo, éste ha sido causado por un sujeto que desconoce el entorno jurídico en el que ocurre y, sin prejuzgar, lo cierto es que se debe valorar el hecho si, de conocer ese aspecto jurídico o si hubiese sido correctamente interpretado hubiera realizado el hecho imputado. Durante el siguiente apartado podremos observar algunas cuestiones relativas a este tema sostenidas por el jurista alemán Günther Jakobs, quien ha aportado en los últimos años diversas observaciones al estado del arte.

Frente a la teoría del dolo que exigía la existencia (y la demostración) de la actualidad del conocimiento de la antijuricidad y con ello tenía que incurrir en todo tipo de ficciones para hacer viable tal requisito en la praxis de los tribunales, la teoría de la culpabilidad se da por satisfecha con la mera potencialidad del conocimiento. El conocimiento de la antijuricidad pasa a convertirse en un conocimiento potencial y con ello en un dato psicológicamente distinto del auténtico conocimiento, pues un conocimiento potencial no es un verdadero conocimiento que puede ser comprobado como cualquier otro dato psicológico, sino un concepto normativo. El reproche de culpabilidad no se basa sólo en que el sujeto conocía la antijuricidad del hecho, sino en que, aunque no lo conociera, podía y debía haber adquirido ese conocimiento. La teoría de la culpabilidad es, pues, la culminación de una concepción normativa de la culpabilidad que ve en ella el reproche que se hace al autor de un delito que, pudiendo abstenerse de cometerlo (en este caso, informarse de que el hecho está prohibido), lo realiza.

Son, pues, estas dos razones, fundamentalmente, las que más han contribuido al éxito de la teoría de la culpabilidad, más que las premisas metodológicas de las que arte: la vinculación del legislador a estructuras lógico-objetivas y con ellas a la presunta estructura final de la acción humana. Paradójicamente pues, el éxito de la teoría de la culpabilidad se debe más a las consecuencias político-criminales a que conduce que a la bondad de sus premisas sistemáticas. Pues, evidentemente, a la praxis, tanto legislativa, como jurisprudencial, le sirve más una teoría que cubra lagunas de punibilidad y que en el caso concreto no plantea especiales problemas de prueba en el proceso, que una teoría como la del dolo, que deja enormes lagunas de punibilidad y que obliga a los Tribunales a una tarea en al fase probatoria del proceso realmente imposible. Tanto más cuanto ambas teorías aceptan la relevancia del error de prohibición y en los casos de plena invencibilidad o inevitabilidad del mismo llegan a la misma conclusión: absoluta impunidad. La teoría de la culpabilidad acoge también este principio, pero luego en los casos, estadísticamente más importantes, de evitabilidad del error ofrece una solución mucho más aceptable para la praxis que es, en definitiva, la que tiene la última palabra que decir. La teoría de la culpabilidad es la que ha posibilitado, por tanto, que el conocimiento de la prohibición se haya convertido en una estructura relevante para la punibilidad de un hecho y haya dejado de ser un simple postulado de *lege ferenda*.

Pero contra la teoría de la culpabilidad también se puede formular, y se formulan, graves reparos de diversa índole que oscurecen su éxito." Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, *El error en Derecho Penal...*, p. 35.

4.5. Naturaleza del hecho a pesar del error sobre la antijuridicidad.

¿Qué prevalece en el ámbito del Derecho, el hecho mismo o la finalidad que dio origen al mismo? ¿es importante investigar cuál era el grado de conocimiento del sujeto o basta por sí mismo el resultado para hacer la imputación correspondiente? Y es que al problema del error, se debe considerar la justificación establecida por Jakobs para atenuar la pena en caso de vencibilidad, tal como escribimos líneas arriba, pues subsiste el dolo y no deja de ser una conducta culpable.

Jakobs aborda el tema de *la armonización entre culpabilidad y fines de la pena*, puesto que éstos deben establecerse en un marco que justifique la sanción del hecho. Asimismo, basado en el funcionalismo del derecho penal, considera que esta clase de error que abordamos, no puede quedar sin castigo. Con esta visión crítica entre los elementos volitivos y los elementos cognitivos expone:

El principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal⁵¹⁶. A su vez, la culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona.⁵¹⁷

La calificación a la voluntad del sujeto, va más allá de su descripción para destacar que aquel sujeto que se ubica en la hipótesis penal ya en sí se

⁵¹⁶ Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 1961 (2ª ed., 1976, pp. 15 y s.). Citado por Jakobs, Günther, *Op. cit.*, Moderna..., p. 79.

⁵¹⁷ Jakobs, Günther, *Op. cit.*, Moderna..., p. 79.

considera que su actuar deviene defectuoso. Ese defecto altera la convivencia que persigue el Derecho. Visto así, se entiende la función social que se persigue con la eficacia del Derecho Penal.⁵¹⁸

La situación que ha esbozado Jakobs contiene el siguiente dilema: sin respetar el principio de culpabilidad, la pena es ilegítima; pero si el principio de culpabilidad limita la utilización de medios socialmente funcionales, entonces existe el peligro de que la pena sea inadecuada para alcanzar sus fines y sea legítima por esta otra razón. Dice Jakobs: "la pena que es útil para la consecución de sus fines sociales, si no está limitada por el principio de culpabilidad, trata como cosa a la persona que va a ser sometida a ella, pero la pena que se ve limitada por la culpabilidad de una manera más marginal pierde su funcionalidad. Dicho a manera de ejemplo: ocurre lo mismo que con una persona que siempre quiere decir la verdad, pero sin herir a nadie (esto es, decir verdad de manera limitada); con frecuencia, no dirá nada, por lo que su discurso tendrá lagunas, y no hay ninguna garantía de que resulte medianamente comprensible."⁵¹⁹ Columbramos en este pensamiento una apología porque prevalezca la pena como un medio para que el Derecho no

⁵¹⁸ Jakobs destaca la necesidad de que este Derecho Penal esté legitimado: "Como fundamento de la necesidad de vincular la legitimidad de la pena a un reproche, esto es, como razón del principio de culpabilidad, se aduce que sólo de esta manera puede evitarse la instrumentalización de la persona al imponer la pena. En este sentido, se argumenta que quien impone una pena sin que la persona que va a ser castigada merezca un reproche por el hecho cometido, o en todo caso, cuando merece un reproche menor que el que correspondería a la medida de la pena, incluye a aquella persona –a diferencia de lo que ocurre en el caso de la pena merecida– entre los objetos del Derecho de cosas. Dicho de otro modo: se argumenta que la pena no debe regirse exclusivamente por la utilidad pública que se espera de ella, sino que debe mantenerse dentro del marco de la culpabilidad del autor. Por ello, el Tribunal Constitucional Federal deriva el principio de culpabilidad no sólo de los principios generales del Estado de Derecho material, sino además específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana. Dicho brevemente: la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena.

Ahora bien, podemos partir de la base de que una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado, la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social, sin esta necesidad, sería a su vez un mal inútil. Esta utilidad de la pena se llama en la terminología de la teoría jurídico-penal –que utilizaremos aquí– habitualmente "fines de la pena." *Op. cit.*, *Moderna...*, p. 79.

⁵¹⁹ Cfr. Jakobs, Günther, *Op. cit.*, *Moderna...*, p. 80.

perda eficaz. Por el contrario, nosotros consideramos que un Derecho que no limita los medios de acuerdo con su estructura lógica, no sólo no es consistente, sino que potencialmente resulta proclive a ser desvirtuado. En el problema que nos ocupa la pena no puede prevalecer, pues consideramos que, el error de prohibición vencible debe ser sancionado del mismo modo que el error de tipo, atendiendo al orden lógico de la estructura dogmática y no a la funcionalidad que le da la pena tanto al Derecho como a la sociedad a la que va dirigida. Este autor destaca:

Ahora bien, al valorar la inaplicación de una norma, tanto en el Derecho penal moderno como en un gran sector de la imputación informal moral cotidiana (aunque no suceda así en todos los sistemas de imputación)⁵²⁰, como también, -hoy en día incluso abarcando el problema de la conciencia que yerra sin culpabilidad⁵²¹- en los sistemas moral-teológicos,⁵²² se diferencia en función de que como razón de la mencionada inaplicación de la norma se constata un defecto volitivo o un defecto cognitivo. La concurrencia de un defecto volitivo -aparte de determinadas constelaciones especiales, de las que nos ocuparemos más adelante- agrava la responsabilidad, mientras que el defecto cognitivo exonera. Esta diferenciación entre defectos cognitivos y defectos volitivos es tan elemental que ya los niños la usan habitualmente en cuanto han comprendido, aunque sea a grandes rasgos, lo que significa 'responsabilidad'. 'No podía saberlo' es una excusa válida, pero se considera que 'no tenía ganas' no lo es. Lo mismo ocurre ante los tribunales. 'La norma me daba igual' es un argumento

⁵²⁰ Ejemplos de excepciones: en ciertas posiciones destacadas, especialmente las que conllevan competencia organizativa, un defecto cognitivo no tiene efectos eximentes si puede conceptuarse como falta de "fortune". También en los casos en los que es urgente que ocurra algo, la imputación sobrepasa los defectos cognitivos, hasta llegar al extremo de seleccionar un chivo expiatorio.

⁵²¹ El error exonera; V: Cathrein, *Moralphilosophie*, 5ª ed. 1911, T.: *Allgemeine Moralphilosophie*, pp. 482 y s.; B. Häring, *Das Gesetz Christi, Moraltheologie*, T. 1, pp. 199 y s. Citado por Jakobs, Günther, *Op. cit., Moderna...*, p. 82.

⁵²² H. Thielicke, *Theologische Ethik*, T. 3: *Entfaltung*, parte 3a: *Ethik der Gesellschaft* etc., 1964, p. 409 con nota 2 (párr. 1425); Cathrein (nota 6) pp. 87 y ss., 96; Häring (nota 6), pp. 147 y s., 153. Citado por Jakobs, Günther, *Op. cit., Moderna...*, p. 82.

que agravará la situación del sujeto mientras que, 'a pesar de esforzarme al máximo, no pude darme cuenta' es exonerante. No sólo la valoración acerca de si hay culpabilidad, sino también su medida, se determinan en el ámbito de los conocimientos de manera inversa a como sucede en el ámbito de la voluntad; en cuanto menor sea la voluntad del sujeto de tener en cuenta la norma, esto es en cuanto mayor y más obstinada sea la infidelidad a la norma de la actitud que su comportamiento denota, más grave será su culpabilidad, y es menos grave si la infidelidad a la norma aparece más bien como un paso en falso atípico. Sin embargo, en cuanto mayor sea la distancia que separa a un sujeto de los conocimientos necesarios, menor será su culpabilidad, y en cuanto mayor sea la posibilidad de superar el desconocimiento, mayor será su culpabilidad.⁵²³

Luego de esta identificación entre el defecto cognitivo con el error de tipo y el defecto volitivo con el error de prohibición nos preguntamos ¿Cuánto afecta la voluntad al conocimiento? ¿Cuánto afecta el conocimiento a la voluntad? La voluntad encamina al sujeto al conocimiento, es fuente del mismo y da lugar al error y la indiferencia. Pues si al sujeto sólo le basta encaminar su voluntad para alcanzar el conocimiento, resulta claro que de este aspecto deriva la vencibilidad del error. Pero, si aun con la voluntad enfocada al conocimiento el error ocurre, se entiende que se trata de un error invencible. Así aquel sujeto que pudiendo encaminar su voluntad (y que pudiera ser un deber que lo haga) hacia un conocimiento específico y no lo hace, es clara la actualización de dos hipótesis: o bien se rechaza el conocimiento que pudiera ser adquirido o existe indiferencia para su consecución.⁵²⁴ Por otro lado, la

⁵²³ Jakobs, Günther, *Op. cit., Moderna...*, p. 83.

⁵²⁴ Jakobs escribe sobre el particular: "La solución que el Tribunal Supremo Federal da al error relativo a la norma y que he esbozado antes, proveniente de la teoría de la culpabilidad, no vincula a todo desconocimiento evitable de la norma una atenuación de la pena, sino que sólo ofrece la posibilidad de atenuarla, lo que no siempre tiene que producirse.

falsa representación de la realidad por definición no es conocimiento y una voluntad dirigida bajo esta circunstancia personal no es sino una conducta, retomando la palabra de Jakobs, defectuosa, y en ese tenor debe partir el estudio de la misma. Este autor destaca:

De acuerdo con el Derecho vigente en la actualidad todo error inevitable acerca de la norma excluye la culpabilidad. Esta disposición ha sido alabada como triunfo del principio de culpabilidad y también el Tribunal Supremo Federal la ha fundamentado en ese sentido: 'la pena presupone culpabilidad. La culpabilidad es reprochabilidad. A través del juicio de valor negativo, esto es, de la culpabilidad, se le reprocha al

La evitabilidad del error se determina individualmente, esto es, en función de que el autor concreto hubiese podido realizar el comportamiento correspondiente al estándar de su rol si se hubiese esforzado suficientemente. Por consiguiente, se trata de un error evitable del individuo, no de la persona que desempeña un determinado rol. [...] En un supuesto de defecto cognitivo individualmente evitable, nadie puede intentar excusarse diciendo que aunque ha fracasado en un rol, debe ser considerado integro en los demás, ya que no es cierto que haya fracasado sólo en un rol, sino que su fracaso se ha producido ante exigencias iguales a las que hay que satisfacer en todos los roles. La valoración negativa del autor, individualmente fundamentada, por tanto no sólo le afecta en un sector social, sino en general.

En el ámbito de estos errores individualmente evitables, la responsabilidad se limita a lo que hubiera sido evitable si se hubiese llevado a cabo una planificación correcta, esto es, no se extiende a las consecuencias vinculadas que a su vez no eran individualmente previsibles. Hablando en términos ejemplificativos: quien manosea de manera inadecuada un ordenador, por regla general puede prever que se producirá un malfuncionamiento de la programación, pero no que el aparato vaya a explotar o algo similar. Por ello sólo responde del malfuncionamiento del programa, y no de la avería del aparato producida por la explosión, aunque ésta también sea consecuencia del uso del aparato, que era inadecuado y podía reconocerse como tal. Como he dicho antes, la realidad ya no puede sufrir desgarros, ya que su configuración de todos modos es fortuita; es un conjunto constituido aleatoriamente, según las leyes de la naturaleza; el curso de realidad no presta de principio mayor lesividad después de un delito que antes de él. Si el mundo fuese un cosmos, un contexto que tuviese sentido, en el que el comportamiento conforme a Derecho de los seres humanos tuviese un sitio pero el comportamiento antijurídico, entonces podría imputarse a quien penetra en terreno prohibido todo aquello que sea consecuencia de su comportamiento, fuese previsible o no: *versanti (sic) in re illicita omnia imputantur quae sequuntur ex delicto*. En este sentido, lo esencial no es tanto la obligación de contar con lo evidente (así, por ejemplo, en el caso del *dolus indirectus* o incluso de contar con todas las consecuencias posibles, la fantasía puede no ser suficiente para imaginarse lo que puede ocurrir; además, esto no es lo importante. Al contrario. Quien emprende una *res illicita* abandona el terreno de lo que puede calcularse, al poner en desorden el orden cósmico que es la base de la realidad, ya que la realidad sólo puede calcularse en determinados ámbitos, esto es, sigue estando hechizada de forma mediata. Quien deroga el principio de calculabilidad no puede sustraerse a la imputación refiriéndose al carácter limitado de los cálculos: siendo consecuente, tiene que aceptar el caos. Se invierte el significado de la densidad del error: la ignorancia inevitable de las consecuencias producidas ya ni siquiera es imprudencia, es totalmente imputable; pero en cuanto mayor es el nivel de evitabilidad, más se aproxima la culpabilidad a la máxima expresión que alcanza en los supuestos de indiferencia. Por el contrario, en el caso del autor de tentativa, la ignorancia inevitable de la idoneidad del comportamiento para producir el resultado lleva al comportamiento cerca de la consumación, mientras que el error fácilmente evitable conduce al hecho más bien cerca del ridículo; correspondientemente, la ley conoce una atenuación extraordinaria para los casos de borda incomprensión del autor (§ 23, párr. 3, StGB⁴). Jakobs, Günther, *Op. cit., Moderna...*, pp. 98 - 100.

autor que se haya decidido a favor de lo injusto, aunque podría haberse decidido a favor del Derecho, comportarse conforme a Derecho. La razón interna del reproche de culpabilidad está en que el ser humano es capaz de desarrollar una autodeterminación libre, responsable, moral, y por ello tiene la capacidad de decidirse a favor del Derecho y en contra de lo injusto'... A continuación, el Tribunal aprovecha estos principios aplicándolos al supuesto del desconocimiento de la norma: 'para que el ser humano se decida a favor del Derecho, en ejercicio de su autodeterminación libre, responsable y moral, debe conocer aquello que es conforme a Derecho y aquello que es antijurídico', aunque no se considera que todo error excluye la culpabilidad, sino sólo los que son inevitables; 'los defectos en el ámbito del conocimiento pueden repararse hasta cierto punto'.⁵²⁵ Ahora bien: nunca nadie ha puesto en duda esos principios. ¿Quién habría dicho que es posible decidirse por lo injusto sin conocer, o al menos, sin poder conocer el Derecho? La proposición '*error iuris nocet*' puede significar dos cosas distintas; en primer lugar: el conocimiento del Derecho, y, por tanto, la decisión en contra del Derecho no es presupuesto de la pena en segundo lugar (y de manera predominante en el siglo XIX): el conocimiento es presupuesto de la pena, pero se presume *iuris et de iure*.⁵²⁶

Jakobs revela un carácter particular a la culpabilidad, cuando establece que el fin de la misma es la estabilización de la norma débil. Hasta ese momento se abre un capítulo singular, pues trasciende a su concepto para alcanzar un fin poco explorado.⁵²⁷

⁵²⁵ BGHSI 2, pp. 194 y ss., 200 y s. Citado por Jakobs, Günther, *Op. cit., Moderna...*, p. 93.

⁵²⁶ Jakobs, Günther, *Op. cit., Moderna...*, p. 93.

⁵²⁷ Jakobs escribe: "La finalidad de la culpabilidad es la estabilización de la norma débil. Por ello, la existencia de un sistema de imputación culpabilista y de la pena son una prueba de que un ordenamiento conoce sus puntos débiles. Los ordenamientos que se han autoconstituido como ordenamientos absolutos no ven en la persona que niega ese carácter absoluto a un culpable, ya sea el bereje que niega la revelación y la tradición, ya sea el burgués que reniega de las leyes materiales del desarrollo histórico; lo consideran como un sujeto que ha perdido el juicio o que debe ser educado, de la misma manera que un mundo desmitificado considera que ha perdido el juicio o está necesitado de educación quiere construye su vida sobre la base de hacer revivir a los muertos o de piedras pan, esto es, de poder hacer milagros. Sin embargo, que alguien reconozca el carácter absoluto de un determinado orden y a pesar de ello no quiera

4.6. Las normas actuales en materia de error.

El tratamiento legislativo del error ha pasado como hemos visto desde el primer capítulo por una seria transformación que parte desde su negación, de acuerdo con el principio de que "la ignorancia del Derecho no exime de su cumplimiento", pasando por sus antiguas formas de *error de hecho* y de *derecho* así como sus nuevas formulaciones de *tipo* y de *prohibición*, incluyendo sus subespecies: *subsunción* y *defensa putativa* o error de prohibición indirecto. En México, con la diversidad de códigos penales no sólo se observan diversas inconsistencias y diferencias de criterio sobre un mismo problema, lo que en sí ya representa un problema muy serio y que se puede traducir tanto en impunidad, como en la imposibilidad de excluir el delito, tal y como ocurre en legislaciones que son omisas al respecto. Vgr. Yucatán.⁵²⁸ El jurista alemán Reinhart Maurach escribe lo concerniente a la legislación alemana:

Especial interés cobra la regulación del § 35, inc. 2º, por tratarse del error acerca de las circunstancias de hecho de un estado de necesidad exculpante, las que, de otro modo, hubieran debido regirse por las reglas vigentes para el error de prohibición, contenidas en el § 17. El legislador reguló aquí un caso de error hasta entonces especialmente controvertido, en favor de la denominada *solución del dolo*, mientras que, en el derecho austriaco, en la misma materia se resolvía la cuestión favoreció la *solución de la culpa* (§ 10, inc. 2º, ci. 2ª, öStGB). Sin

cumplirlo es imposible, ya que a través del reconocimiento del carácter absoluto se produce una vinculación del sujeto y de su voluntad. Nadie puede saber que dos por dos son cuatro y a pesar de ello querer seriamente, esto es, tomar como base de su comportamiento, que el resultado sea igual a cinco. Sólo puede haber defectos volitivos respecto de normas débiles, no absolutas, esto es, de normas sociales." Jakobs, Günther, *Op. cit., Moderna...*, p. 101.

⁵²⁸ Maurach adelanta: "Junto a la regulación básica de la problemática del error contenida en los § 16 y 17, encontramos preceptos especiales dedicados al error en los § 35, inc. 2º, y 113, incs. 3º y 4º. Examinaremos aquí brevemente ambos preceptos desde los nuevos puntos de vista que se pueden aportar en relación con la regulación jurídica de la problemática del error y, en especial, de las cuestiones que el legislador dejó sin resolver." Maurach, Reinhart, *et. al. Op. cit., Derecho Penal...*, p. 659.

embargo, no es posible inferir, a partir del § 35, inc. 2º, conclusiones por analogía para el tratamiento del error acerca de los presupuestos de hecho de una causal de justificación, debido a que el autor, en el marco del § 35, no cree que actúa conforme a derecho. Al contrario, se habrá de reconocer que el legislador ha dejado conscientemente abierta la estructura y paralela situación del error respecto de las causales de justificación.

En el § 113, incs. 3º y 4º, nos enfrentamos con una regulación de error especialmente oscura y, por ende, controvertida. Aquí se ha desarrollado consecuentemente el 'principio de inversión', pues en el inc. 3º, cl. 2ª, tenemos un delito imposible, y luego en el inc. 4º, una forma modificada del error de prohibición. Sin embargo, la valoración de estos receptos para la doctrina del error es muy difícil, porque la clasificación dogmática de la 'adecuación a derecho de la actuación funcionaria' en la nueva versión del § 113, deja lugar a dudas. La doctrina dominante sigue viendo allí una condición objetiva de punibilidad. Sin embargo, esta concepción es apenas sostenible, dado que al regulación de un error sólo es imaginable si al menos se exige el conocimiento de un elemento para la responsabilidad penal, sostiene la concepción de que la falta de adecuación a derecho en el § 113 representaría una causal de justificación.⁵²⁹

Maurach ha destacado la problemática que se suscita desde el trabajo legislativo, tomando en cuenta que una legislación abierta, que contempla o invoca a la figura sin definirla, está dejando al trabajo jurisdiccional para su interpretación y probable expansión por cuanto hace a los alcances que pudieran darse en cada caso en concreto. De tal manera que podemos observar ese fenómeno en la tarea judicial de los tribunales españoles que, a través de su jurisprudencia han dado una gran estructura al tema,

⁵²⁹ Maurach, Reinhart, *et al*, *Op. cit.*, *Derecho Penal...*, p. 659.

retroalimentando a la doctrina y estableciendo principios claros para su aplicación.⁵³⁰

Sobre México y su legislación sobre el error, Moisés Moreno ha escrito:

Por lo que hace al *error de prohibición*, éste se encuentra previsto en el inciso b) de la citada fracción VIII del artículo 15 y es el que recae sobre la llamada *conciencia de la antijuridicidad*, la que, a su vez, comprende: conocimiento de la existencia de la ley o de sus alcances, o conocimiento de que la conducta es contraria al derecho, es decir, de que la conducta no está justificada. Consecuentemente —como ya se dijo—, se trata de un error que nada tiene que ver con el dolo o con la culpa, precisamente porque la 'conciencia de la antijuridicidad', según se deriva del propio párrafo primero del artículo 9º, y de la opinión dominante en el sistema finalista, no constituye un componente del dolo —es decir, no forma parte del conocimiento que se requiere para que haya una conducta dolosa—, sino un elemento de la culpabilidad. El error de prohibición puede recaer— como se desprende del mencionado inciso

⁵³⁰ Jescheck escribió sobre la regulación del error en Alemania: "1. El error sobre el tipo está regulado en el art. 16, párr. 1 (°), como en el derecho anterior (Art. 59). El error sobre características (objetivas) del tipo legal excluye el dolo; la aplicación del tipo, si existe, de la culpa abarca el contenido de culpabilidad del error. Además, el art. 16, párr. 2, acepta en la ley la tesis según la cual, en caso de que se admita erróneamente el tipo de una ley más benigna, se la debe aplicar a ésta. Habrá que extender el criterio jurídico del art. 16, párr. 2, también a disposiciones sobre la gradación de la pena (por ejemplo, al valor). Lo que el art. 16 no regula es el tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Esta laguna también constituye una deficiencia del nuevo derecho, porque la cuestión, discutida entre los partidarios de la teoría rígida y limitada de la culpabilidad, relativa al error sobre causas de justificación, habría debido llevar a una decisión, en atención a la seguridad jurídica. Frente al silencio del legislador puede esperarse, sin embargo, que la 'teoría limitada de la culpabilidad', ya dominante, se imponga en el futuro en la forma de la teoría del error sobre el permiso y que la jurisprudencia siga aplicando la teoría rígida de la culpabilidad también a los casos de error sobre los presupuestos del estado de necesidad que justifica, del consentimiento presunto y de la salvaguardia de intereses legítimos, a fin de apreciar, con un examen consciente, la violación del deber. Por cierto, este deber no está mencionado en la nueva reglamentación referente al estado de necesidad que justifica (art. 34).

2. El legislador se mostró más propenso para adoptar decisiones cuando reglamentó el error sobre la prohibición. En contra de ciertos reparos de la doctrina, el nuevo derecho contiene, en el art. 17 (°), una disposición que regula el error sobre la prohibición según los principios de la teoría de la culpabilidad. Con arreglo a esta disposición, la teoría del dolo ya no debería sostenerse en el derecho penal alemán y sobre todo también el art. 11, párr. 2, de la ley sobre transgresiones al orden debe interpretarse en el sentido de la teoría de la culpabilidad. El error inevitable sobre la prohibición excluye la culpabilidad y da lugar a la absolución. El error evitable sobre la prohibición es una causa de disminución de la culpabilidad y en este caso el hecho se castigará con arreglo al tipo de dolo, pero la pena podrá reducirse con arreglo al art. 49, párr. 1." Jescheck, Hans Heinrich, *Reforma del Derecho Penal en Alemania Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1976, pp. 54 - 56.

b)-, en el conocimiento sobre la existencia de la ley o de la norma, en el conocimiento sobre los alcances de la ley o de la norma, o bien en el conocimiento sobre alguno de los presupuestos de una causa de justificación. Su efecto, por tanto, tiene que ver con la *culpabilidad*, ya sea que la excluya o que la atenúe. Igualmente, el error de prohibición puede ser vencible o invencible: si es *vencible* atenúa el juicio de reproche y, por consiguiente, atenúa la pena, en cuyo caso habrá que estar también a lo dispuesto por el artículo 66, que en su segunda parte establece que la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate; si, en cambio, es *invencible*, entonces excluye toda la culpabilidad y, por tanto, excluye la pena.^{531 - 532}

Una vez establecido el marco legal en el que se sitúa la figura del error en materia federal, no debemos olvidar que, efectivamente, la multiplicidad de

⁵³¹ Moisés Moreno, *Op. cit.*, "La regulación del error...", pp. 77 - 92.

⁵³² Por su parte Francisco Pavón Vasconcelos, en un ensayo denominado "el error inculpaible en la ley penal" incluido en el libro homenaje al Dr. Sergio García Ramírez, *Liber ad Honorem*, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, señala: "El examen del error inculpaible, en la vigente legislación penal, resulta ser como virgen en la doctrina mexicana, porque nueva resulta ser su integral previsión legal. Aunque de alguna manera el Código Penal de 1931, en sus textos originales, recogió dos específicos casos del ahora desmoldado error de tipo en la obediencia jerárquica legítima prevista en la fracción VII del artículo 15, al considerar *circunstancia excluyente de responsabilidad el 'obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico'* cuando su mandato constituya un delito 'si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía', así como la *inculpaible ignorancia*, a la que se refirió la fracción VI del mencionado artículo 15, de aquel entonces a la fecha la situación ha variado sustancialmente en el tratamiento dado en la ley penal al error esencia, en sus conocidas formas.

En primer término, la reforma penal de 1983, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de enero de 1984, dio pasos gigantescos en el tratamiento del error inculpaible al insertar, en la fracción XI del artículo 15, relativo a las circunstancias excluyentes de responsabilidad el error invencible de tipo por recaer, dicho error, al realizar el agente la acción o la omisión, 'sobre alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal', así como el denominado error de permisión o error de prohibición indirecto, el cual se presenta cuando el sujeto bajo su estado de error invencible 'estima que es lícita su conducta'. Dicha reforma penal mereció el reconocimiento de los juristas mexicanos, por cuanto, además, si bien no como causa inculpaible, dio tratamiento privilegiado en razón de la pena al error de prohibición directo o error de derecho en el artículo 59 bis, al expresar este dispositivo que cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso.

Al comentar el contenido de la citada fracción XI del artículo 15 del Código Penal, Gustavo Malo Camacho consideró incorporada a la ley positiva mexicana la figura del error de hecho invencible, que la doctrina finalista mencionó, con razón, como un error de tipo y que antes de la reforma de 1983 constituía en su opinión una lamentable laguna, aclarando que, con anterioridad a la citada reforma, la ley sólo se ocupó de dicha forma de error en el confuso y equívoco texto de la antigua fracción VI del propio artículo 15, el cual aludía a las *circunstancias del defendido* cuando al concurrir en el hecho le daban carácter delictivo, excluyendo la responsabilidad si el agente las ignoraba inculpadamente en el momento de obrar, así como también por las fracciones III y IV del derogado artículo 9o., interpretado en sentido contrario, en los cuales se afirmó la irrelevancia del error de derecho.⁵³

la codificación penal en México da lugar a diversas inconsistencias. Por lo que, en cada estado, la experiencia jurisdiccional ocurre de manera diversa, de tal manera que partimos del hecho que el problema es develado hasta la circunstancia en la que el juzgador no atiende a la figura materia del presente trabajo, en virtud de que la misma no está contemplada en la legislación del estado.

4.6.1. El problema de la codificación penal en México.

El trabajo legislativo en materia penal en México, tiene de origen un problema que impide el desarrollo de la misma: su multiplicidad. Esta circunstancia trae aparejadas diversos impedimentos para el desarrollo de la dogmática y de la política criminal, pues la labor de los distintos órganos jurisdiccionales deben, en principio interpretar y aplicar la ley penal local y, en ese mismo tenor los juristas tienen que desarrollar un trabajo a partir de ese rompecabezas a veces inconexo que es tener en un mismo territorio 34 ordenamientos penales sustantivos. ¿Qué política criminal pueden seguir las distintas legislaturas locales, la federal; los distintos órganos de procuración de justicia, etcétera? ¿Cuáles han sido sus criterios? Sobre ello, Moisés Moreno Hernández señala:

En términos generales podríamos decir que los criterios no han sido uniformes, e incluso hubo épocas en que al error no se le reconoció efecto penal alguno. [...] Con el desarrollo posterior de la dogmática del delito, sobre todo con las aportaciones de la *teoría de la acción final*, se desarrolla también una teoría moderna del error, que parte de la

distinción entre *error de tipo* y *error de prohibición*, conforme a la cual se reconoce todavía mayor fuerza excluyente o atenuante a todo tipo de *error esencial*, sea de tipo o de prohibición. Podríamos decir que en la mayoría de las legislaciones penales modernas se han adoptado los criterios político-criminales de esta nueva clasificación del error, en virtud de que se trata de una concepción que responde más a las exigencias de la realidad social actual.⁵³³

Ahora bien, por cuanto hace a los distintos códigos para un solo territorio, este autor expone:

Mientras que hasta hace relativamente poco tiempo los códigos penales estatales siguieron la orientación político-criminal y los contenidos del Código Penal federal en cuanto a la regulación del error, en los últimos tiempos –sobre todo desde inicio de la década de los ochentas– los códigos locales han empezado a separarse de la orientación del Código Penal federal, al grado que algunos de ellos fueron dando entrada a la regulación del error antes que la propia legislación penal federal. Como es de todos sabido, el Código Penal federal, que data del año de 1931, hasta el año de 1984 mantenía la regulación de la *presunción de intencionalidad*, al establecer –en su artículo 9º.– que en todo caso 'la intencionalidad delictuosa se presume salvo prueba contrario'; pero, además, decía que esa presunción no se destruía aún cuando el sujeto demostrare que al momento de realizar el hecho se encontraba en situaciones tales que tienen precisamente ese efecto. Señalaba toda una serie de hipótesis, en donde destacaba que, aún cuando el sujeto demostrara que creía, por ejemplo, que su conducta era lícita, de todos modos la presunción de intencionalidad no se destruía; o sea que esto casi quería decir que, aun cuando el sujeto demuestre que no había actuado dolosamente, de todos modos la intencionalidad delictuosa se presume. La regulación de este contenido del artículo 9º excluía la posibilidad de alegar la situación de error como

⁵³³ Moreno Hernández, *Op. cit.*, *La regulación del error...*, pp. 77 – 92.

causa de exclusión de la responsabilidad, sobre todo tratándose del *error de derecho*. Al único error que, en todo caso, se le reconocía relevancia excluyente o atenuante era el *error de hecho*.

Todos los códigos penales de los estados de la República siguieron este mismo criterio, que prevaleció hasta la década de los setenta. En la década de los ochenta, en cambio, podríamos decir que empiezan a separarse. [...]

Con las reformas legislativas de 1994, aparte de precisar un poco más la regulación del error contenida en el artículo 15, se decide derogar el contenido del artículo 59 bis; por lo que, de acuerdo con esa reforma, podríamos decir que ahora tenemos ya una fórmula que le reconoce todo el efecto excluyente a todo tipo de *error esencial e invencible*, sea de tipo o de prohibición.⁵³⁴

Pero mientras cada entidad de la República tenga su propio Código, los penalistas estarán más interesados en la interpretación local que en un trabajo que desarrolle la correcta aplicación, si no la aplicación misma, cuando se actualice alguna hipótesis de error, o bien, tratando que los criterios se unifiquen a pesar de la inexistencia de la figura como ocurre en el estado de Yucatán.⁵³⁵ De igual modo, esta diversidad de códigos multiplica

⁵³⁴ *Idem.*

⁵³⁵ El doctor Ricardo Franco Guzmán escribe: "Al despuntar el alba del 1 de enero de 1901, o sea al comenzar el siglo XX, la mayoría de las entidades de la Federación ya tenían su propio Código Penal y de Procedimientos Penales.

El 5 de febrero de 1917 se promulga una nueva Constitución, que dice en su artículo 124: 'Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados. Como se observa, dicho precepto es idéntico al 117 de la Constitución de 1857.

En 1929 se promulga un 'Código Penal para el Distrito y Territorios Federales', aplicable también en los casos de la competencia de los tribunales penales federales, el cual se creó bajo las directrices de la Escuela Positiva penal [...]

A lo largo del siglo XX hemos tenido un verdadero mosaico de códigos penales y de procedimientos penales en toda la República. No ha habido uniformidad, ni unidad, ni concierto en todos ellos. Estamos en el completo caos.

En el ámbito constitucional. Las disposiciones de los artículos 16 y 20 de la Constitución Federal han sido interpretadas en las más diversas formas por los Estados de la República, que algunos han acatado y otros las han ignorado total o parcialmente.

Basta con el ejemplo del artículo 16 que establece los requisitos para librar orden de aprehensión. Nunca existió un criterio uniforme acerca de los elementos para librar orden de captura. Fue hasta la reforma de 1993 en que se precisó que debían existir 'datos que acrediten los elementos que

exponencialmente también el número de tipos penales, algunos de ellos, solamente ubicados en algunas legislaciones y con la problemática de las distintas penas establecidas.⁵³⁶ Luego, uno de los pasos que debe seguir el legislador en México es, sin duda, evitar en lo posible duplicar la sanción a un mismo acto, así como la diversidad de tratamientos a un mismo tipo penal y, en ese tenor, tender hacia la unificación de la legislación penal. Ello contribuirá a que el error de prohibición pueda determinar con mayor justeza su vencibilidad.

integran el tipo penal', lo que daba mayor solidez y seguridad a dichos mandatos de captura. Sólo algunos códigos reformaron sus disposiciones para ponerlos de acuerdo con dicha reforma.

Sin embargo, en 1999 se reformó de nuevo dicho párrafo para establecer que 'existan datos que acrediten el cuerpo del delito', lo que ha producido grave desconcierto en todos los Estados de la República, dado que no existe un criterio uniforme sobre el tema, pues el constituyente permanente dejó que cada uno de los Estados y el Congreso Federal dilucidaran y definieran los elementos que constituyen el cuerpo del delito o, por lo menos, los que se necesitan para acreditarlo." *El caos de la legislación penal en México y la necesidad de transformarla en federal* de Franco Guzmán, Ricardo et al., *Estudios en Homenaje a la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, 1ª. ed., Porrúa, México, 2001, pp. 131 y ss.

⁵³⁶ Claus Roxin Señala: "Tanto el derecho mexicano como el alemán parte de que el autor actuante bajo un error de prohibición ha cometido dolosamente un hecho. El error de prohibición lleva a excluir la culpabilidad y con ello a la absolución cuando era invencible. Si el error era vencible, la pena por el delito doloso puede ser atenuada; en el derecho mexicano esta atenuación es obligatoria, en el derecho alemán, facultativa.

Esta regulación no constituye un sobreentendido. En las primeras décadas del siglo XX, en la ciencia jurídica alemana predominó la opinión de que la consciencia de la antijuricidad, junto al conocimiento de las circunstancias del hecho, sería un elemento esencial autónomo y necesario del dolo (del *dolus*). Esta concepción es denominada 'teoría del dolo' porque según ella el error de prohibición excluiría el dolo. Esta es una regulación mucho más benigna para el autor que la del derecho vigente. Y es que, dado que la comisión culposa no está sometida a pena en la mayoría de los delitos, según esta teoría, todo error de prohibición llevaría a la impunidad. El argumento más importante a favor de la teoría del dolo se encuentra en la tesis de que el reproche de ser un infractor doloso de la ley solamente se lo habría merecido aquél que se manifestara conscientemente en contra del derecho. Pero aquél que se encuentra bajo error de prohibición no habría negado la obediencia al legislador y, por ello, a lo máximo habría actuado imprudentemente.

Por el contrario, la doctrina en la que se basa el derecho vigente se denomina 'teoría de la culpabilidad' porque según ella el error de prohibición no sería significativo para el dolo sino solamente para la culpabilidad, a la cual excluye en casos de invencibilidad y, en los demás casos, atenúa. Hablan a favor de la teoría de la culpabilidad sobre todo dos argumentos. El primero dice que un reproche de culpabilidad, sustancialmente mayor frente a la imprudencia basada en el desconocimiento de los hechos y que justifica una punición por dolo, existe ya cuando el autor conoce todos los hechos y de ello no extrae la conclusión sobre la prohibición penal. Ciertamente, el actor conociendo plenamente la prohibición merece una pena incluso mayor; pero ello se toma en cuenta atenuando la pena del error de prohibición. En segundo lugar, habla a favor de la teoría de la culpabilidad la circunstancia de que la teoría del dolo coloca el ordenamiento jurídico casi a disposición del autor del delito: éste no tiene que preocuparse del derecho; mientras menos conozca las prohibiciones, más absolución tendrá. Y cuando, como consecuencia de una actitud interna inescrupulosa, considere como permitidas conductas extremadamente dañosas socialmente, será premiado por ello con la impunidad (o por lo menos con una reducción al marco penal imprudente). Ponderando los argumentos opino que los motivos que hablan a favor de la teoría de la culpabilidad son más atendibles. Entonces, la regulación del derecho vigente merece aprobación." Roxin, *Op. cit.*, *Problemas actuales*, pp. 130 - 132.

4.6.2. El error según los tribunales españoles y nuestros máximos tribunales.

Jescheck en Alemania señalaba un antecedente sobre el tema:

Después de 1945, algunos Tribunales Superiores y el OGH se apartaron de la jurisprudencia del RG sobre el error, a lo que dieron múltiple ocasión las condenas por delitos violentos nacionalsocialistas. El BGH siguió esa línea y en la Sentencia Fundamental de la Gran Sala de lo penal de 18 de marzo de 1952 basó el tratamiento del error en la distinción entre error de tipo y error de prohibición. Sólo para el error de tipo valdría la regulación del § 59 de la anterior redacción (ahora § 16) respecto a la exclusión del dolo, mientras que el error de prohibición no afectaría al dolo y, según fuera culpable o no culpable, llevaría a una atenuación de la penalidad correspondiente al delito o a la impunidad.⁵³⁷

Este punto de partida no puede verse de manera aislada a su contexto: la necesidad imperiosa, histórica, política, de sancionar la pertenencia a un sistema que de ninguna manera podía quedar impune. Sin embargo, esta postura permitió en su momento la evolución del error en materia penal.

4.6.2.1. España.

Uno de los países de nuestra lengua que ha adoptado el sistema alemán y lo ha podido aplicar de manera sistemática y metodológicamente correcta ha sido

⁵³⁷ Jescheck, *Op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 277.

España. En sus tribunales se ha desarrollado el error en materia penal. Cuando este trabajo hace referencia "hacia una teoría del error", invita de manera clara a que aquellos cuya labor tiene incidencia con esta figura tan relevante del Derecho Penal, lo interpreten, lo apliquen, lo invoquen, de modo tal que se desarrolle, pues al observar la metodología de la jurisprudencia española, en comparación con las escasas resoluciones que han pronunciado nuestros más altos tribunales, se puede concluir que se ha soslayado, confundido u omitido su existencia en México. El artículo 14 del Código Penal español señala:

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.
2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.
3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

4.6.2.2. Jurisprudencia.

A través de la jurisprudencia, nuestros más altos tribunales, encargados de la interpretación constitucional y legislativa, se han encargado de establecer las fronteras del error dentro de los códigos, ya sea los españoles, alemanes o

mexicanos.⁵³⁸ De dicha labor se puede apreciar el desarrollo de esta figura jurídica y la manera en que ha incidido para la resolución de problemas. La tratadista Trapero Barreales hace un estudio retrospectivo sobre el origen del error de prohibición en la jurisprudencia. Dice:

⁵³⁸ Burgoa Orihuela, en su *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo* define: "Atendiendo a la definición romana clásica del concepto de jurisprudencia elaborada por Ulpiano, ésta es la noticia o conocimiento de las cosas humanas y divinas, así como la ciencia de lo justo y de lo injusto (*divinarum atque humanarum rerum notitia, justí et injusti scientia*). De acuerdo, pues, con la connotación clásica romana de la idea de jurisprudencia, ésta se revela, evidentemente, como una ciencia, como un conjunto de conocimientos o sabiduría respecto de determinadas materias. Si tomamos en todo rigor la traducción literal de la definición latina y nos ceñimos estrictamente a su alcance, llegamos a la conclusión de que el concepto de jurisprudencia, tal y como lo formuló dicho jurisconsulto, denota nada menos que un conjunto de conocimientos científicos de una extensión exorbitante, puesto que abarcaría la noticia de las 'cosas humanas y divinas', dentro de las que estarían comprendidos los objetos de múltiples disciplinas positivas y filosóficas, que sería prolijo mencionar. Apartándonos del rigor estricto de la traducción de la definición latina de Ulpiano, que nos conduce a la conclusión que acabamos de apuntar, y tomando en consideración la índole científica misma de la idea de jurisprudencia, que se construye o circunscribe a lo jurídico (*jus: mandato, derecho*), resulta que la noticia o conocimiento que implica se refiere a las cosas humanas y divinas en su aspecto, esto es, desde el punto de vista del Derecho. Así de conformidad con la primera parte de la definición latina clásica, la jurisprudencia será una disciplina que versa sobre las cosas divinas y humanas, o sea, un conjunto de conocimientos sobre tales cosas bajo su aspecto jurídico. De aquí se llega a la conclusión de que la jurisprudencia, siendo sinónimo de sabiduría o Ciencia del Derecho en general por la causa antes dicha, comprende el estudio sobre lo jurídico humano y lo jurídico divino—*Derecho humano y Derecho divino, respectivamente*— (primera parte de la definición), abarcando también el relativo a la justicia e injusticia (segunda parte de la misma). De esta segunda parte de la definición de jurisprudencia, podemos deducir que no sólo implica un conjunto de conocimientos científicos sobre lo que podríamos llamar jurídico deontológico (lo jurídico justo, lo jurídico que debe ser o Derecho Natural, Racional, etc.), sino sobre lo jurídico ontológico (lo jurídico que puede o no ser injusto, lo jurídico que es, o sea, el Derecho Positivo, tanto en su aspecto legal como doctrinario).

Para sostener, sin distinciones ni limitaciones, que la jurisprudencia es fuente del derecho en sí misma, es desconocer en los regímenes de derecho escrito, el principio clásico de la separación de poderes y el postulado de la legalidad, al admitir la posibilidad de que los órganos judiciales encargados de elaborar las tesis jurisprudenciales asuman el papel de verdaderos legisladores, creadores del Derecho Positivo, invadiendo la esfera competencial atribuida por la Constitución al Poder Legislativo, con mengua del orden constitucional. Por tanto, la concepción de la jurisprudencia a título de fuente del derecho, no debe conducirnos a considerarla como medio creador de normas formalmente legales, sino como conducto de fijación del sentido de la razón de la ley preestablecida. En otras palabras, la jurisprudencia es fuente del derecho no en cuanto a acto creador normativo, sino como acto de interpretación legal obligatoria, debiendo fungir únicamente como elemento accesorio utilísimo para la eficacia de la regulación establecida por la ley en su carácter constitucional formal. De ello se infiere que la jurisprudencia no es autónoma, es decir, no tiene existencia *per se*, sino que su validez en un régimen jurídico escrito, como es el nuestro, depende de que positivamente sea un medio de interpretativo e interrogativo de normas legales preestablecidas.

En otras palabras, no puede haber jurisprudencia sin ley en los sistemas de derecho escrito como el nuestro; pero este principio no implica que los tribunales, encargados de establecerla, no tengan libertad para interpretar e integrar los ordenamientos legales pre-existentes, función ésta que se traduce en la formulación de reglas generales, impersonales y abstractas de acatamiento obligatorio. De la naturaleza misma de la jurisprudencia se infiere que ésta, aunque se origine en la tarea jurisdiccional de los órganos judiciales del estado, presenta, en su esencia misma, los caracteres materiales del acto legislativo, sin ser, evidentemente, un conjunto de 'leyes' en su sentido formal."

El error de prohibición puede tener su origen en la confianza que el sujeto deposita en la jurisprudencia elaborada por los tribunales de justicia. De esta manera, en principio, se expone que el ciudadano no puede estar impedido de confiar en la justicia de las decisiones judiciales o incluso de los jueces superiores; la jurisprudencia descansa en la presunción de que se basa en una interpretación objetiva y justa de la ley, por tanto participa de la presunción de conformidad a Derecho que existe para la ley. Este pensamiento, trasladado al error de prohibición, significa que si el autor confía en la justicia de la jurisprudencia que juega su conducta como conforme a Derecho no se podrá dar entrada a un error de prohibición cuando esta jurisprudencia ha modificado su doctrina interpretativa. Podrá ser considerado aún como un error vencible de prohibición cuando el sujeto, basado en su capacidad personal o con el recibimiento de la información necesaria, hubiera estado en la situación de reconocer la injusticia de la jurisprudencia elaborada hasta entonces y, de este modo, llegar a la conciencia de la antijuridicidad de la conducta. El sujeto no podrá confiar en la jurisprudencia para poder afirmar su error invencible de prohibición cuando aquella se apoya en una ley injusta de manera manifiesta, o cuando se interpreta y aplica una ley que es reconocible por todos como no válida.⁵³⁹

Así, mediante la ordenación sistemática de las tesis emitidas por los distintos tribunales, se pueden distinguir tanto sus avances como la adhesión de criterios a la corriente dogmática imperante. Trapero señala:

Se reconoce como doctrina prácticamente unánime que es admisible la divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad. Puede suceder que el sujeto realice varios hechos conjuntamente y en relación con algunos de ellos sí tenga conciencia de la antijuridicidad o prohibición jurídica de los mismos, pero respecto del resto de los hechos no sea consciente de tal prohibición. El reconocimiento de la divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad hace posible que respecto de estos segundos se haga

⁵³⁹ Trapero Barreales, *Op. cit.*, *El error...*, p. 512.

aplicación de las reglas del error de prohibición y de los criterios de la vencibilidad invencibilidad.^{540 - 541}

La jurisprudencia española alimenta de manera definitiva, y en nuestro idioma los criterios aportados por la doctrina, de manera sistemática y ordenada, de modo tal que resulta útil para retroalimentar los estudios concernientes al error en materia penal. En tal sentido se van agrupando los conceptos:

4.6.2.2.1. Concepto de error.

Los tribunales españoles destacan el concepto del error como **"Captación deformada de la realidad:** Para que pueda decirse que una persona se halla en un error es necesario que capte deformadamente la realidad, evidenciándose una discordancia entre lo que realmente es y lo que ella cree" (STS 1074/04, 18-10, Tol 513574).

4.6.2.2.2. Apreciación judicial.

Dificultades para su concreta determinación: Es cierta la dificultad de determinar su existencia, sea vencible o invencible, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada persona (STS 1551/98, 10-12)

Consideración del caso concreto: Cualquier clase de error que se alegue, sea de tipo, sea de prohibición, ha de efectuarse en proyección de cada caso concreto, valorando las circunstancias culturales y psicológicas del que pretenda haber obrado con error (STS 1655/98, 23-12).

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 514.

⁵⁴¹ Esta misma autora destaca: "Este pensamiento relativo a la divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad hace posible la solución de los casos de doble error de prohibición, el error directo y el error inverso sobre la prohibición de la conducta, el primero para desconocer su prohibición por una norma jurídica objetivamente existente y el segundo porque el sujeto se representa que tal conducta subjetivamente lícita está prohibida por una norma que no existe. En estos casos han de aplicarse las reglas del error de prohibición porque el error inverso se trata simplemente de un delito putativo imaginario. *Loc. Cit.*

4.6.2.2.3. Prueba del error.

A la dificultad de la carga probatoria del error, los tribunales españoles establecieron un criterio interesante, la carga de la prueba en la persona del acusado:

Dificultades probatorias: El problema grande que se plantea es la dificultad de prueba del error, así como el de su calificación como invencible o vencible (STS 899/02, 3-6).

A cargo del acusado:

El error, como toda modificación de la responsabilidad penal, ha de acreditarse como el hecho mismo y tal prueba compete a quien la alega (STS 2172/02, 30-12, 97/04, 27-1).

No basta con la simple alegación del error de tipo o de prohibición, sino que, como hechos impeditivos que son, tienen que ser probados como el hecho mismo (STS 814/97, 4-6; 1551/98, 10-12; 1655/98, 23-12).

Es absolutamente imprescindible que el error se halle demostrado y fundado mediante afirmaciones que lo contengan o evidencien, estampadas en la sentencia de que se trate, no siendo en modo alguno bastantes las subjetivas e interesadas declaraciones del culpable (STS 465/05, 14-4, Tol 641972).

Si alguien manifiesta haber padecido un error, es claro que, al menos, tiene que decir a la Sala el porqué de tal creencia equivocada, para que, al valorar la prueba, pueda sopesar las razones esgrimidas al respecto para dar o no crédito a esa manifestación. Decir simplemente que se tiene ese error, sin expresar por qué se produjo, no puede tener relevancia alguna: pudo el Tribunal de instancia entender que se trataba de una alegación más de las muchas que hacen los acusadas en relación con cualquier hecho que creen que les puede beneficiar (STS 411/02, 8-3).

Nosotros optamos por un criterio distinto: que se acredite de manera suficiente el conocimiento imputado al acusado.

Sobre aspectos profesionales: La formación profesional y cultural del acusado excluye totalmente que incuriera en error por ignorancia sobre aspectos elementales de su profesión (STS 1223/97, 13-10).

4.6.2.2.4. Error de prohibición.

Es el aspecto negativo de la conciencia de la antijuricidad: Constituye uno de los avances fundamentales del Derecho Penal contemporáneo el reconocimiento, en el Derecho positivo de los diferentes países, de la conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad, necesario para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuricidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (STS 1999/02, 3-12).

No rige el principio del conocimiento, sino el principio de la responsabilidad: En el ámbito del error de prohibición no rige el principio del conocimiento, sino el principio de la responsabilidad, es decir, el sujeto responde por no haber tenido conocimiento de la prohibición o del mandato, cuando podía haberlo tenido. Esto surge directamente del texto del art. 14.3, que distingue entre errores vencibles e invencibles y en los primeros sólo atenúa la pena. Pero, en todo caso, configura un juicio sobre la responsabilidad del autor por su desconocimiento de la prohibición en una situación determinada, cuya prueba, como tal, no ofrece ninguna duda (STS 1054/04, 4-10, Tol 506919).

Conocimiento vulgar, no jurídico, de la prohibición:

La conciencia de la antijuricidad, cuyo reverso es el error de prohibición, no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que

genéricamente el hecho está castigado como delito. No hace falta saber ni siquiera que hay un Código Penal que castiga determinadas conductas. Basta con saber, a nivel profano, que las normas que regulan la convivencia social (el derecho) prohíben ese comportamiento que él realiza (STS 1301/98, 26-10; 302/03, 27-2).

El conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. El desconocimiento o la falta de información sobre un hecho punible no puede quedar a la discreción de su autor (STS 163/05, 10-2, Tol 648713).

4.6.2.2.4.1. Clases.

Directo o indirecto:

La creencia en la licitud de la propia actuación puede venir originada tanto por el error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) como por error sobre la causa de justificación (error de prohibición indirecto) (STS 814/97, 4-6; 15551/98, 10-12; 754/99, 17-5).

El error acerca de la significación antijurídica de la conducta puede ser: a) directo, cuando el autor ignora la desvalorización que el derecho atribuye al hecho cometido; b) indirecto, cuando conociendo la desvalorización del derecho, el sujeto cree erróneamente que se halla desvirtuado por la concurrencia de una causa de justificación. Este error indirecto puede, a su vez versar; o bien sobre la virtualidad justificante de una determinada situación de hecho, es decir, sobre la existencia jurídica de una determinada causa de justificación, o bien sobre la concurrencia de los hechos que determinan la justificación (STS 17/03, 15-1; 457/03, 14-11; 601/05, 10-5, Tol 656814).

Vencible o invencible: El error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal puede ser vencible o invencible. En el primer caso se impone una pena inferior y en el segundo se excluye la responsabilidad

criminal, es decir, no se castiga como si se tratase de una conducta imprudente sino dolosa (STS 1219/04, 10-12, Tol 526535; 1426/04, 13-12, Tol 564829).

Error invencible de prohibición: Puede fundarse bien en no haber tenido el autor la posibilidad de conocer la ilicitud, bien en no haber podido conocerla a pesar de haber empleado su capacidad para ello (ATS 23-6-99).

Representación de la posibilidad de la licitud: Para la existencia del error de prohibición es preciso que el autor haya tenido por lo menos una representación de la posibilidad de que su proyecto de acción no era ilícito (ATS 23-6-99).

Distinción entre delito natural y delito formal: Aunque tradicionalmente se ha venido afirmando que el derecho vale y se impone por sí mismo, sea o no sea conocido por su destinatario, en la actualidad se admite la distinción entre las conductas delictivas que lesionan normas éticas con sede en la conciencia de cada sujeto (acciones *<mala in se>*), de un lado, y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad jurídica, política o social (acciones *<mala quia prohibita>*). En estas últimas, podría apreciarse un error de prohibición (STS 1551/98, 10-12).

Notoriedad de la ilicitud: No es permisible la invocación de un error de prohibición en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, que todo el mundo sabe que están prohibidas, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud (STS 814/97, 4-6; 601/98, 30-4; 1208/98, 19-10; 1299/98, 29-10; 1551/98, 10-12; 754/99, 17-5; 1046/99, 23-6; 1390/99, 7-10; 142/00, 29-1; 1287/03, 10-10; 1074/04, 18-10, Tol 513574; 601/05, 10-5, Tol 656814).

Conciencia de la alta probabilidad de la ilicitud: Si el sujeto agente tiene tal conciencia, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto, no puede invocar eficazmente un error de prohibición, porque se trata de algo similar al dolo eventual (STS 814/97, 4-6; 1208/98, 19-10; 1299/98, 29-10; 1551/98, 10-12; 1655/98, 23-12; 327/99, 5-3; 754/99, 17-5; 1046/99, 23-6; 1390/99, 7-10; 142/00, 29-1; 601/05, 10-5, Tol 656814).

Conocimiento genérico sobre la ilicitud: Si se tiene un conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está legalmente prohibido, no hay error de prohibición (STS 1301/98, 28-10).

Sospecha de la ilicitud: Si el sujeto agente tiene normal conciencia de la antijuricidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a derecho, queda excluido el error de prohibición (STS 1208/98, 19-10; 1074/04, 18-10, Tol 513574).

En caso de duda sobre la ilicitud: El error de prohibición no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda. La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia, para que sea propiamente tal, ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto. Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuricidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo (STS 1999/02, 3-12).

Conciencia de la ilicitud, pero ignorancia de la agravación: El error de prohibición, contemplado en el art. 14.3, sólo es apreciable cuando se desconoce la ilicitud penal de una conducta, pero no por desconocerse la aplicación a la misma de un precepto agravatorio de un tipo penal, ya que no es exigible al responsable del delito el conocimiento exacto de la calificación jurídica que su proceder merece. Se trata de un mero desconocimiento de la subsunción jurídica precisa, denominado error de subsunción, que es penalmente irrelevante (STS 1199/02, 28-6< 199/02, 3-12).

Creencia de que el delito está castigado con meno pena: Sólo hay error de prohibición cuando se cree obrar conforme a Derecho, sin que tenga nada que ver con esto el caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la sanciona la ley penal (STS 1999/02, 3-12).

Es irrelevante conocer o no conocer la concreta norma infringida o la sanción establecida: Nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida, pues si así fuera sólo podrían delinquir los expertos en Derecho Penal. Carece de trascendencia conocer o no conocer cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta (STS 1999/02, 3-12).

A guisa de ejemplo hemos podido observar de qué manera esta figura jurídica ha sido abordada por los más altos tribunales españoles. La comparación con las tesis dispersas que se han vertido en México es abismal. De allí la propuesta de enfocar la dogmática hacia una teoría del error en materia penal.

4.6.2.3. México.

Nuestros tribunales se han enfocado en el problema, apenas desprendiéndose de las viejas fórmulas del error de hecho y de derecho y adentrándose, poco a poco, en estas diversas clases de error que ha aportado la dogmática.⁵⁴² Pero, no podemos omitirlo una vez examinada la referencia española, es notable la escasez de resoluciones que versen sobre el tema en nuestro país, de tal suerte que Encontramos tesis tales como las citadas a continuación y cuyo contenido representa a penas el primer paso para desarrollar el tema que ahora abordamos:

Antes de las reformas de 1984 y 1994:

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: 193-198 Segunda Parte
Tesis:
Página: 23

ERROR DE HECHO SOBRE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL TIPO. DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE INTRODUCCION ILEGAL AL PAIS DE UNA DROGA.

⁵⁴² Bajo los conceptos clásicos de jurisprudencia, no debemos olvidar que ésta se crea a partir de la existencia de la ley, por lo que, la tardía o reciente aparición del error en sus nuevas formas dentro del Código Penal, en sus etapas legislativas de 1984 y 1994, respectivamente, y la multiplicidad de códigos penales, han hecho más ardua esta labor para los tribunales.

No es obstáculo para la integración del delito contra la salud en su modalidad de introducción ilegal al país de una droga, que el quejoso alegue que en la especie operó en su favor la exculpante del error de hecho, debido a que siempre estuvo en la creencia de que lo que transportó oculto en una máscara de papel era dinero y no el estupefaciente que fue hallado en el momento de su detención, pues además de resultar inverosímil y sin apoyo probatorio tal versión, el error de hecho sobre los elementos esenciales del tipo opera como causa de inculpatibilidad sólo en el caso de que sea invencible, es decir insuperable, y en el caso a estudio es claro que no lo era, pues incluso el obrar furtivo por parte del acusado denotó pleno conocimiento acerca de la ilicitud de su conducta.

Amparo directo 5744/74. Pascal Maurice Pannier. 17 de enero de 1985. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretario: Alfredo Murguía Cámara. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1985, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 25, página 17, con el rubro 'ERROR DE HECHO SOBRE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL TIPO. DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE INTRODUCCION ILEGAL AL PAIS DE COCAINA'.

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: 139-144 Segunda Parte
Tesis:
Página: 88

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION.

En el error, el agente está impedido para conocer la relación existente entre el hecho ejecutado y el normativamente recogido, en forma abstracta, en el tipo penal, ya porque tal error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por el tipo, o bien sobre el carácter ilícito del propio hecho. En el error de prohibición, el sujeto ignora la existencia de la norma o bien cree no quedar inmerso en ella, calificando subjetivamente como lícito su actuar, no obstante su carácter antijurídico.

Amparo directo 7884/79. Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: Josefina Ordóñez Reyna. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1980, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 38, página 22.

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: 139-144 Segunda Parte
Tesis:
Página: 88

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION. PARA SER EXIMENTE REQUIERE SER INVENCIBLE O INSUPERABLE.

Tanto el error de tipo como el error de prohibición, para integrar eximente de responsabilidad, requieren ser de naturaleza invencible o insuperable, pues siendo sólo esencial, sin reunir dicho requisito, dejarían subsistente la culpa, cuando tal forma de culpabilidad pudiera darse en la específica figura delictiva de que se trata.

Amparo directo 7884/79. Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: Josefina Ordóñez Reyna. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1980, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 39, página 23.

Después de las reformas.

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: 217-228 Segunda Parte
Tesis:
Página: 28

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION INDIRECTO O ERROR DE PERMISION.

Cuando el sujeto activo desde un principio alude a la marihuana como objeto de su conducta reprochable, debe inferirse que no pudo existir 'error de tipo', ni 'error de permisión indirecto' o 'error de permisión', a que se refiere como causa excluyente de responsabilidad el artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, ya que para que cualquiera de estos conceptos se actualice se requiere que el error sea de carácter invencible o insuperable.

Amparo directo 1472/86. Guadalupe Alvililar Catalán. 2 de febrero de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Santiago Rodríguez Roldán. Secretario: Francisco Salvador Pérez. Séptima Época, Segunda Parte: Volúmenes 205-216, Pág. 21. Amparo directo 947/86. Jovito Pantoja Aragón. 6 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Volúmenes 193-198, Pág. 23. Amparo directo 10327/84. Agapito Mata Martínez. 31 de mayo de 1985. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Santiago Rodríguez Roldán. Volúmenes 193-198, Pág. 27. Amparo directo 7571/84. Amado Hernández Terán. 10 de enero de 1985. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Volúmenes 187-192, Pág. 29. Amparo directo 2769/84. Enrique Enriquez Rojas. 27 de septiembre de 1984. 5 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Volumen 139-144, Pág. 88. Amparo directo 7884/79. Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretaria: Josefina Ordóñez Reyna. NOTA (1): En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: 'Véanse: Tesis relacionadas con la Jurisprudencia 107 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte, página 226 y siguientes.' NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1987, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 31, página 21.

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: 217-228 Segunda Parte
Tesis:
Página: 87

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION INDIRECTO O ERROR DE PERMISION.

El artículo 15, fracción XI del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el 'error de tipo' como el llamado 'error de prohibición indirecto' o 'error de permisión', hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad.

Séptima Época, Segunda Parte: Volúmenes 187-192, Pág. 29. Amparo directo 2769/84. Enrique Enriquez Rojas. 27 de septiembre de 1984. 5 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Volúmenes 193-198, Pág. 27. Amparo directo 7571/84. Amado Hernández Terán. 10 de enero de 1985. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Volúmenes 193-198, Pág. 23. Amparo directo 5744/84. Pascal Maurice Pennier. 17 de enero de 1986. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretario: Alfredo Murguía Cámara. Volúmenes 205-216, Pág. 21. Amparo directo 947/86. Jovito Pantoja Aragón. 6 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: María Eugenia Martínez de Duarte. Volúmenes 217-228, Pág. 28. Amparo directo 1472/86. Guadalupe Alvililar Catalán. 2 de febrero de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Santiago Rodríguez Roldán. Secretario:

Francisco Salvador Pérez. NOTA: En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: 'Véase: Tesis relacionadas con la Jurisprudencia 107 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte, página 226 y siguientes.' La presente tesis no fue referada como vigente, según los acuerdos a que llegó la Comisión Coordinadora encargada de los trabajos para la publicación del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995.

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: 205-216 Segunda Parte
Tesis:
Página: 21

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION INDIRECTO O ERROR DE PERMISION.

El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el 'error de tipo' como el llamado 'error de prohibición indirecto' o 'error de permisión', hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. En ambos errores, el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la Ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión, el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible, al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la Ley, generando el vencible error el reproche al autor por su conducta típica y antijurídica.

Amparo directo 947/86. Jovito Pantoja Aragón. 6 de octubre de 1986. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: María Eugenia Martínez de Duarte. Séptima Época, Segunda Parte: Volúmenes 193-198, Pág. 27. Amparo directo 7571/84. Amado Hernández Terán. 10 de enero de 1985. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Volúmenes 139-144, Pág. 88. Amparo directo 7884/79. Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretaria: Josefina Ordóñez Reyna.

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: 193-198 Segunda Parte
Tesis:
Página: 27

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION, NO CONFIGURACION DE LAS EXCLUYENTES DE (DELITO CONTRA LA SALUD).

El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad tanto el error de tipo como el llamado error de prohibición indirecto o error de permisión, hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. Tanto en uno como en el otro de los errores mencionados, según es de explorado derecho, el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción

punible, al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la ley. En tal hipótesis del error de permisión, como excluyente de responsabilidad, sea que se estime la conciencia de la ilicitud del hecho como un elemento del dolo, o bien de la culpabilidad, según opina un amplio sector de la doctrina actual, lo cierto es que el invencible error en cuestión impide reprochar al autor su conducta típica y antijurídica. En un caso particular considerado, no opera en favor del inculcado la excluyente de responsabilidad mencionada, si no ignoraba que las semillas del vegetal que sembró en un solar de su propiedad fueran de marihuana, al reconocer desde su declaración ministerial la naturaleza de las referidas semillas; por consiguiente, al estar el procesado enterado de que las semillas que sembró y el vegetal que poseyó eran marihuana, no pudo encontrarse inmerso en error invencible respecto de la existencia de alguno de los elementos esenciales que integran el delito contra la salud, en las modalidades de siembra y posesión de marihuana, como tampoco que, por error insuperable, el acusado al actuar considerara lícita su conducta, si no existe base jurídica, en las constancias de autos, para estimar factible que en su representación pudiera admitir, dadas las circunstancias que rodearon el hecho, que éste se encontrara autorizado en la ley.

Amparo directo 7571/84. Amado Hernández Terán. 10 de enero de 1985. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Luis Fernández Aguiar. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1985, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 30, página 21, con el rubro 'ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION'.

Instancia: Primera Sala
Fuente: Apéndice de 1995
Parte: Tomo II, Parte SCJUN
Tesis: 148
Página: 84

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION INDIRECTO O ERROR DE PERMISION.

El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el error de tipo como el llamado 'error de prohibición indirecto' o 'error de permisión', hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. En ambos errores, el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo versa sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión, el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible, al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la ley, generando el vencible error, el reproche al autor por su conducta típica y antijurídica. En el caso particular considerado, no opera en favor del quejoso la excluyente de responsabilidad mencionada, por no haber ignorado que los tres envoltorios que le fueron recogidos al momento de su detención, contenían marihuana, y tan es así, que antes de efectuarse ésta le había proporcionado a su coacusado parte del estupefaciente que inicialmente poseía, lo cual demuestra la inexistencia de ambas clases de error.

Séptima Época: Amparo directo 2769/84. Enrique Enriquez Rojas. 27 de septiembre de 1984. Cinco votos. Amparo directo 7571/84. Amado Hernández Terán. 10 de enero de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 5744/84. Pascal Maurice Pannier. 17 de enero de 1985. Cinco votos. Amparo directo 227/85. Jesús Díaz Ruiz y otro. 12 de junio de 1985. Cinco votos. Amparo directo 947/86. Jovito Pantoja Aragón. 6 de octubre de 1986. Cinco votos. NOTA: Tesis 15, Informe de 1986, Segunda Parte, pág. 12. Ahora fracción VIII del Código Penal Federal.

En nuestra jurisprudencia hay un vacío en la definición de los problemas derivados del error. A la vez hay una constante: el trabajo continuo y acucioso del penalista Francisco Pavón Vasconcelos, quien desde su distinguida ubicación dentro de la Corte aparece en la mayor parte de las tesis relevantes sobre el particular y quien vislumbraba la diferencia que habría de prevalecer en nuestra legislación.

4.7. Hacia una teoría del error en materia penal en el Derecho mexicano.

Las condiciones en las que se pretende desarrollar la dogmática penal en México, tienen que superar diversos problemas tales como la diversidad de códigos penales, y teorías que alimentan a cada uno de ellos, así como los enunciados legislativos mediante los que se concibe al error. Ello no permite que los tribunales nutran con sus valiosos criterios a la dogmática, por el contrario, la figura cobra rasgos regionales y en ese sentido no contribuye a la discusión unificadora, porque en primer lugar deben acotarse los criterios en cita, a la estructura que le ha dado el legislador, probablemente desde tener que superar las figuras de error de hecho y de derecho, hasta tener que situar al error de acuerdo con la metodología y la escuela a que pertenezca el jurista; en segundo lugar queda el que el juzgador se adentre al problema y evite, en lo posible, confundir la figura del error con otras excluyentes de delito.

4.7.1 los problemas del foro.

El primer problema que tiene la figura del error en materia penal es el tener que justificar su existencia en el marco legal en el que se actualiza, esto es, que bajo el viejo principio de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento hay quienes consideran que no se puede justificar una conducta al amparo del error con la que ha sido desplegada. Así Mancilla Ovando escribe sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 15, fracción VIII del Código Penal Federal:

La creación del Código Penal de la Federación, es atribución del Congreso de la Unión, según ordena el artículo 73-XXI Constitucional

El Poder Legislativo Federal debe de cumplir con el proceso de creación de las leyes previsto en los artículos 71 y 72 de la Constitución Política.

La ley con validez constitucional, para su observancia, sólo requiere ser promulgada y publicada.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado jurisprudencia en esos términos:

'LEYES NO PROMULGADAS. No hay obligación de cumplir las prevenciones de una ley o reglamento no promulgados.' (Jurisprudencia No. 181, visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Octava Parte, Jurisprudencia Común al Pleno y las Salas, pág. 299.)

De manera que, la ley es obligatoria y rige cuando legalmente se tiene por conocida.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en ese sentido:

'LEYES, OBLIGATORIEDAD DE LAS. Una ley es obligatoria cuando es conocida o se presume legalmente que lo es.' (Jurisprudencia No. 182, visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Octava Parte, Jurisprudencia Común al Pleno y las Salas, pág. 300).

Partiendo de estas premisas examinaremos la constitucionalidad del artículo 15-VIII, del Código Penal Federal.

'Art. 15.- El delito se excluye cuando: ..., VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: ...A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o... B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta...'

El precepto en análisis, establece como causa de exclusión del delito, el equivocarse sobre lo que es delito en la ley, en los siguientes términos: por creer que su conducta no es el delito previsto; por desconocer el contenido materialmente de la ley; por ignorar, hasta dónde su conducta puede ser el delito previsto en la ley; o, creer que se actúa bajo una causa justificada.

El actual Código Penal Federal, al establecer en la ley el uso del lenguaje del método de estudio dogmático, en sus diferentes variantes, causalista, finalista y posfinalista, le está dando facultades al sujeto del derecho penal, de legislar derogando la ley en la parte donde establece delitos.

Esto es así, porque desde el momento en que el particular, desconozca el contenido de la Ley Penal, según el precepto en comento, ya no le rige. Significa, que sus actos no son delito en la ley, por ser error invencible y estar excluido del delito.

Cuando el habitante de la República, crea: que sus actos no son delito en la ley; o, por desconocer, hasta dónde sus conductas de acción u omisión, pueden ser delito, bajo los supuestos de la figura jurídica, excluyente de delito, tienen la facultad de derogar la Ley Penal, al argumentar que actuó por error invencible. En consecuencia, esos actos dejan de ser delitos en la ley para él; y, está excluido del delito.

Por último, si el delincuente cree, que al cometer el delito, su conducta tiene una causa de justificación, con ello deroga la ley penal que consagra el ilícito, porque actúa por error invencible y está excluido del delito. Consecuentemente, no se le aplica sanción penal.

Las ideas que se describen, evidencian la falta de cultura Constitucional del legislador, al crear la excluyente del delito de error invencible.

Esto se debe, a que el Congreso de la Unión, por conducto de quienes elaboraron el proyecto de iniciativa de ley, están creando una obra doctrinaria, para darle validez al método de estudio dogmático, sin importar el que vaya en contra de los dictados Constitucionales que establecen la obligatoriedad de la ley, de la forma como se ha descrito en el proemio de este capítulo.

Sugiero, a los señores legisladores o a los responsables de elaborar los proyectos de iniciativa de ley, que si es su anhelo defender una postura ideológica doctrinaria como lo es el método de estudio dogmático en el derecho penal mexicano, escriban libros. Lo más inteligente, es abstenerse de distorsionar los mandatos Constitucionales con ideas doctrinarias, que no tienen cabida en nuestro sistema jurídico de legalidad.⁵⁴³

Coincidimos plenamente en el respeto y cultura constitucional que todo legislador debe tener para realizar sus funciones, sin embargo, esta posición

⁵⁴³ Mancilla Ovando, Jorge, *Existen de constitucionalidad de diversas leyes federales que consagran delitos*, 3ª ed., Porrúa, México, 2001, pp. 59 – 61.

nos parece contradictoria, pues el error en materia penal de ninguna manera linda en los terrenos de la inconstitucionalidad y, para tal efecto basta con citar la misma tesis a que hace referencia Mancilla Ovando y hagamos una interpretación clara de la misma. La tesis señala:

'LEYES, OBLIGATORIEDAD DE LAS. Una ley es obligatoria cuando es conocida o se presume legalmente que lo es.' (Jurisprudencia No. 182, visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Octava Parte, Jurisprudencia Común al Pleno y las Salas, pág. 300).

a) la tesis señala la obligatoriedad de las leyes.

b) una ley es obligatoria cuando:

a') es conocida.

b') se presume legalmente que es conocida.

Luego entonces debe acreditarse que la ley es conocida y cabe la posibilidad que no lo sea. Ahora bien, el error en materia penal atiende a esta circunstancia así como a la falsa concepción que exista sobre el alcance de la misma. Al existir la posibilidad de que no sea conocido un ordenamiento y que dicha circunstancia es reconocida por nuestros más altos tribunales, el error en materia penal cobra justificación, por lo que, la sugerencia a que hace referencia el distinguido jurista no es sino el producto de una visión superficial del problema.

Nadie niega la eficacia de las leyes a que hace referencia este jurista cuando cita de manera exacta la disposición constitucional correspondiente, pero dicho ordenamiento sólo alude al momento en que se le debe observancia. El error de prohibición alude a la fidelidad al Derecho, lo que lo

hace congruente con la disposición en cita, pero es necesario señalar que no hay precepto que establezca que la ignorancia de las leyes no eximirá de su cumplimiento.

La práctica profesional permite observar los alcances que tiene el error en materia penal, la confusión con otras excluyentes de delito a la que es sometido por algunos partícipes del proceso penal o bien a la interpretación insuficiente de la que puede ser objeto.⁵⁴⁴

⁵⁴⁴ Stratenwerth analiza la problemática planteada por la práctica: "El hecho de que la *praxis* plantea exigencias demasiado altas lo muestra sobre todo la cuestión de qué importancia se le atribuye, en materia de error de prohibición, a la toma de posición de otras personas o instancias. En este ámbito rige la regla de que cualquier afirmación contraria a la opinión del autor lo *grava*, pero una afirmación acorde con su opinión de ningún modo lo *desgrava* sin más. En ocasiones, incluso, se ha admitido que *grava* al autor el hecho de que respecto de una cuestión jurídica existieran resoluciones contradictorias de tribunales superiores, lo que implica la insostenible consecuencia de que cualquier resolución equivocada restringe el ámbito de libertad del individuo. En cambio, para que sea *desgravado* no sólo se requiere que el autor pueda estimar confiable a la persona a la que consulta, sino también que pueda considerar convincente la información misma. Éste sería el caso, dicho a modo de ejemplo, de una concepción defendida por <juristas renombrados> y no rechazada completamente por el BGH, pero no si se trata de una información jurídica incorrecta ofrecida por la autoridad policial competente (!), cuando se pudiera comprender, con un mínimo de reflexión, que la situación jurídica supuesta conllevaría un grave peligro para terceros, y mucho menos aun cuando se trata de <meras opiniones jurídicas> que inducen al autor a la creencia de < poder aprovechar una laguna de la ley pena! >; ¡como si fuera ilegítimo hacer tal cosa! Por tanto, el autor <no puede sustraerse a la decisión personal que le incumbe para determinar si su obrar es lícito o ilícito, sencillamente... recabando la opinión de un juriconsulto>. Incluso la información jurídica obtenida de parte de una persona que debe considerarse confiable no lo exonera sin más, cuando pueda firmarse, aplicando analógicamente (!) una disposición legal, que debería haber solicitado adicionalmente información de un órgano administrativo.

En conjunto, cabe constatar que, en la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición, nuevamente desempeñan un papel considerable infinidad de puntos de vista político-criminales. Ello lo muestran tanto la extraordinaria amplitud de los deberes de información que se imponen al autor, como el grado de cuidado que se le exige o el estándar de las capacidades para comprender el ilícito que se postula como decisivo. Parece evidente que se presupone normativamente una medida mínima de <capacidad>; otra concesión a un concepto <social> de culpabilidad.

Jurisprudencia y doctrina hoy coinciden ampliamente en que, en ciertas circunstancias, un error de prohibición debe considerarse evitable, aun cuando, al momento del hecho, precisamente (ya) no fuera evitable para el autor. Esto rige, especialmente, en casos de déficit de información que se refieren a un ámbito vital o de actividad o su conjunto. En la mayoría de estos casos, el autor tendría que haberse procurado los conocimientos jurídicos necesarios mucho antes del hecho. De este modo, de nuevo —como ya era el caso de la *actio libera in causa*— se plantea la cuestión de la relevancia de la actuación culpable previa: lo que puede reprocharse al autor es que no se esforzara en aquel momento *anterior* por evitar errores. Dado que no se trata de una mera responsabilidad a título de imprudencia, en este ámbito no resulta de utilidad la idea de la imprudencia por asunción. Tampoco cabe fundamentar la responsabilidad por el hecho concreto sobre la base de la llamada culpabilidad por la conducción de la vida. Antes bien, nuevamente resta sólo la solución —que aquí se ha defendido ya con anterioridad, sobre todo en atención al arrebató emocional— de hacer responder al autor por un delito doloso cometido en estado de exclusión de la culpabilidad también en aquellos casos en que haya provocado tal estado de modo evitable,

Caso 1.- Un grupo de agentes judiciales del Distrito Federal se adentra en territorio del Estado de México, mientras persigue a un grupo de conocidos y peligrosos secuestradores. Avisan por radio de la persecución en cita así como de la incursión al territorio de la entidad vecina. En el Estado de México, un grupo de judiciales se entera del ingreso a su territorio de un grupo de secuestradores, por lo que salen a su encuentro. Ambas corporaciones policiacas utilizan vehículos sin algún indicativo de la corporación a la que pertenecen. Asimismo utilizan ropa común sin distintivo alguno. Los secuestradores encuentran un lugar boscoso donde, al amparo de la oscuridad logran desaparecerse de la vista de sus perseguidores y del inminente encuentro con los otros policías que iban a su encuentro. Ambos grupos policiacos se encuentran de frente. Se observan armados y apuntándose uno al otro. Comienza la balacera. No hay heridos. Sólo daños materiales a las patrullas, especialmente a las del Estado de México. Logran identificarse como grupos policiacos. Se detiene la balacera. Se aprehende a los policías judiciales del Distrito Federal. Se les acusa del delito de Daño a los bienes.

Lo que en un principio Ferri hubiera denominado como "una legítima defensa doble o recíproca"⁵⁴⁵, lo cierto es que en nuestros tribunales se eludió

pudiendo al menos prever el posterior delito." Stratenwerth, Günter. *Op. cit., Derecho Penal...*, pp. 261 - 262.

⁵⁴⁵ En su libro *Defensas Penales*, Ferri escribió: Este es, pues, el problema sobre el cual tengo ahora el honor de llamar vuestra atención. He pedido y os pido meteros 'en la camisa del acusado', porque en mi experiencia profesional, más que en mi reflexión de amante del estudio, he comprobado que cuando el juez llega a realizar este deber suyo, es decir, el de ponerse en la 'camisa del sindicado', la sentencia siempre corresponde a la justicia y a la realidad.

Quiero daros de esto un solo ejemplo. Hace algunos años, en un sonado proceso de competencia de los tribunales de jurados, trasladado de la Romagna a Módena por legítima sospecha, anuncié y sostuve una tesis que era nueva, tanto en la ciencia como en la práctica. Se trataba de cinco o de seis homicidios que habían ocurrido un domingo en la tarde, en un villorrio vecino a Rabeau, entre republicanos y socialistas. Se encontraron en el patio de una hostería. En un momento dado, no sé cómo, surgió un choque sangriento y en pocos instantes quedaron cinco cadáveres sobre el terreno. Los autores no fueron detenidos y se marcaron después a sus casas. Se adelantó el proceso ante el tribunal de Módena. Yo sostuve la tesis de la legítima defensa recíproca. Recuerdo que el representante del ministerio público, que

el estudio a fondo sobre el particular. Los policías judiciales salieron absueltos, pero nunca con una sentencia clara y apegada a los hechos, sino ante la imposibilidad de juzgarlos por cuestiones que obedecían más a defectos en el procedimiento que a un estudio sobre el fondo, lo que reitera nuestra insistencia en que se aborde el tema en el lugar donde la dogmática cobra actualidad: en el foro.⁵⁴⁶

no tenía la ciencia, la agudeza de ingenio y la inteligencia del actual representante de la acusación pública, dio un salto en su poltrona, cuando, en una de las primeras audiencias, me escuchó enunciar una tesis de tal naturaleza, y exclamó: '¡jamás he oído decir cosas semejantes!'. Yo le repuse: 'Desde ahora en adelante no volveré a decirlo' (Risas)

Y sostuve aquella tesis que a primera vista puede parecer un contrasentido, una contradicción. ¿Cómo? ¿Legítima defensa recíproca? La legítima defensa se admite solamente contra un injusto agresor. Si es necesario un injusto agresor, no puede haber legítima defensa recíproca, porque esto querría decir que tanto el uno como el otro individuo es un injusto agresor. Estas es la conclusión de la lógica abstracta, pero la observación de la realidad humana demuestra, en cambio, que la defensa puede ser legítima, tanto de parte del uno como de parte del otro.

Vosotros, ahora que os sentáis en vuestros sillones de jueces, tranquilos, debéis considerar el momento en que aquellas personas obraron; si por equivocación, por una ilusión sensorial, el uno creyó ser agredido por el otro, y aquel otro, viendo venir delante aquella persona, reaccionó. Es este un caso de legítima defensa recíproca en el cual cada uno cree de buena fe que es agredido, toma erróneamente cualquier movimiento de su adversario como un movimiento para atacarlo y entonces se pone en defensa, y si el equívoco no se esclarece, uno y otro mata creyendo que se defiende.

He aquí la legítima defensa recíproca, ya que en la legítima defensa, el estado de ánimo de quien obra vale más, para juzgar la responsabilidad, que la realidad objetiva de los hechos. Esos dos grupos en aquel patio creyeron, con un movimiento cualquiera de uno de ellos, ser agredidos, y se lanzaron el uno contra el otro para defenderse. Y los jurados de Módena absolvieron a unos y otros, a pesar de las trágicas consecuencias del hecho, porque se convencieron de que hay casos trágicos que responden a veces a la realidad de la vida.

Pero haced una hipótesis: una noche, en una hora de la madrugada, después de media noche, un individuo llega a su casa. Abre el portón. Hay un corredor. En el fondo de este ve a una persona. ¿Qué está haciendo? Tiene inmediatamente la impresión de que es bueno ponerse en guardia contra un posible agresor. Si tiene un arma, la empuña. El otro individuo puede ser solo el sereno que espera a la doméstica para galantearla; pero este ve a aquel individuo, que no conoce, con el arma empuñada. Y cree que quiere matarlo. En esta forma solo se defiende. ¿Cuál de los dos es el agresor y cual el homicida? Si por desgracia el equívoco no se esclarece antes del conflicto, pueden sobrevenir consecuencias trágicas. He aquí el caso de la legítima defensa recíproca. Y es solamente poniéndose en las condiciones de esos dos individuos, es decir, en su estado de ánimo, en la creencia de la buena fe de que uno y otro es agredido por el adversario, como el juez puede impartir justicia.

Si, por tanto, para hacer justicia es preciso que el juez comprenda y sienta, no solo las condiciones materiales de los hechos sino también, y sobre todo, las condiciones subjetivas del reo, es necesario que en relación con la causa presente hagamos la reconstrucción moral y social del momento en que los acusados pudieron haber participado en la muerte de Sonzini y Simula, para deducir de él el grado de culpa, cuya responsabilidad deben asumir frente a la justicia humana." (Ferri, Enrico, *Defensas Penales*, 6ª ed. (trad. Jorge Guerrero), Temis, Bogotá, 2000, pp. 149 – 150.)

⁵⁴⁶ Sobre la defensa propuesta por Ferri, Nodier Agudelo Betancur escribe: "En este punto debe destacarse la genialidad de Ferri cuando en la defensa de los campesinos de Ravena ideó la tesis de la 'legítima defensa recíproca': si bien hay que decir que tuvo un error de conceptualización. En efecto, entre los campesinos de dos veredas había serias disputas, animadversión y prevención; unos iban y otros venían por el mismo camino y se encontraron en determinado sitio en una explanada: en pocos momentos hubo un tiendal de muertos y heridos. Largas fueron las disputas en la audiencia, pues los abogados de un grupo

Caso 2.- El doctor Ricardo Franco Guzmán refiere el siguiente caso:

1. En el ejercicio de mi profesión como abogado penalista, defendí un caso en el que la persona inculpada había obrado bajo el llamado 'error de prohibición', que considero de interés divulgar, cambiando, por supuesto, el nombre del interesado.

Fabián de Illusti, a principios de 1983, adquirió en diversos lugares de la ciudad de México, como son: la Zona Rosa, El Bazar del Sábado de San Ángel y La Lagunita, varias piedras como 'artesanías'. En su declaración ante el Ministerio Público expresó que las piedras 'están como trabajadas, con formas bonitas, de diferentes tamaños, formas y colores distintos' y que las compró como 'artesanías', como trabajo hecho en México, con 'adornos bonitos' y que las adquirió porque le gustaron como decoración.

2. También manifestó que desconocía que las piedras contuvieran fósiles o moluscos y que desconocía que estuvieran prohibido sacar esas piedras de México; que las adquirió en los mercados de la ciudad, como muchos otros turistas, de total buena fe, comprándolas como artesanías: que las piedras que iba llevar en esta ocasión a Italia, las iba a colocar en el jardín como adorno y que las dos piedras que llevó en sus anteriores viajes, las tiene en la sala de su casa.

3. De igual modo declaró que el 8 de febrero de 1985, se presentó en las oficinas de correos, aduana postal, ubicadas en la calle de Ceylán, para enviar 14 bultos, de los cuales uno era para los Estados Unidos, para un hermano que así reside y los demás para su casa en Italia.

echaban la culpa al otro grupo y los de éste a aquéllos, etc. Enrico Ferri fue el último en tomar la palabra y pidió la absolución para todos: obraron en 'legítima defensa recíproca.'

Es admirable la genialidad del autor al concebir que en un momento dado se pudiera absolver a ambos contrincantes; sin embargo, se equivocó el autor en el fundamento. Porque, en verdad, no puede haber legítima defensa contra una legítima defensa; lo que sucedió es que unos, creyendo que se les atacaba, obraron en *defensa putativa*: por el error en el que incurrieron obraron sin culpabilidad; los otros sí obraron en *legítima defensa*, pues como en la defensa putativa el comportamiento es típico y antijurídico, esta es la base de la agresión injusta que posibilita la legítima defensa.

O sea, la absolución para uno se funda en la inculpabilidad, y para los otros, en la justificación.

Normalmente las causales de inculpabilidad hay que alegarlas, mientras que las causales de justificación no hay que alegarlas necesariamente.

Según la doctrina, las causales de justificación son objetivas o prevalentemente objetivos en el siguiente sentido: lo justo o injusto de un acto no depende ni de las *creencias* del autor ni de sus *cualidades*; lo justo o injusto depende de las *valoraciones objetivas del legislador*." Agudelo Betancur, Nodier, *La Defensa putativa en el nuevo Código Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 26 - 27.

4. También aparece que en las boletas para exportación en la parte correspondiente a 'especificación de las mercancías', se anotó que se trataba de 'piedras', y en la boleta de 'declaración de aduana', donde dice 'descripción de las clases del contenido', se anotó 'artesanías' (*handcrafts*).

5. El delito que se le imputa es el previsto en el artículo 97 de la Ley General de Bienes Nacionales, que dice:

'Art. 97. La misma pena (prisión de dos a doce años y multa de trescientos a quinientos veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal) se impondrá a quien, a sabiendas de que un bien pertenece a la Nación, lo explote, use o aproveche sin haber obtenido previamente concesión, permiso, autorización o celebrado contrato con la autoridad competente'.

6. El citado delito se relaciona con el artículo 2 fracción XI de la misma Ley General de Bienes Nacionales, que dice:

'Art. 2 Son bienes de dominio público:

XI. Los muebles de propiedad federal que por su naturaleza no sean normalmente sustituibles, como... las piezas etnológicas y paleontológicas....'

7. En la averiguación se ha dictaminado que las artesanías o piedras que compró, son moluscos, cefalópodos pertenecientes al grupo de amonitas y otros moluscos de la era mesozoica, según lo expresó la maestra en ciencias biológicas Celestina González Arreola.

8.- Finalmente, se inculpa al señor Illusti de haber tratado de exportar las piedras, sin haber obtenido permiso de exportación de 'ejemplares geológicos o mineralógicos', pues la exportación de fósiles está prohibida.⁵⁴⁷

¿Error de tipo o error de prohibición? Aun cuando el caso que nos ocupa fue defendido como un caso de error de prohibición, nosotros consideramos que si el señor Illusti en su declaración (ante el Ministerio Público) expresó que las piedras "están como trabajadas, con formas bonitas, de diferentes tamaños, formas y colores distintos" y que las compró como "artesanías", como trabajo hecho en México, con "adornos bonitos" y que las adquirió porque le gustaron

⁵⁴⁷ Franco Guzmán, Ricardo "Un caso de error de prohibición", en *Raúl Cervantes Ahumada, cincuenta años de docencia universitaria*. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1991. pp. 511 - 520.

como decoración y que además también manifestó que desconocía que las piedras contuvieran fósiles o moluscos” entonces el referido señor desconocía los hechos que pudieran constituir el delito y antes de tratarse de un error de prohibición estamos ante un error de tipo, lo que no excluye que también exista un error sobre la prohibición.⁵⁴⁸ La jurista española Trapero Barrales escribe:

En ocasiones se propone la teoría de la unificación del tratamiento jurídico-penal del error de tipo y el error de prohibición – y por tanto se

⁵⁴⁸ Maurach señala sobre esto: “Hasta ahora hemos partido de la base de que, en el caso singular, las diferentes clases de error –incluyendo los difíciles casos de duda pueden ser distinguidas claramente entre sí y que, al fin de cuentas, siempre deberá recurrirse a sólo una clase de error. Ahora debemos enfrentarnos también al problema consistente en que, en la misma situación de hecho, sea posible una combinación de los tipos de error.

Ejemplo: Un médico parte, equivocadamente, del supuesto de que el paciente ha dado su consentimiento para la operación. Sin embargo, sabe con seguridad que no le ha explicado al paciente de su estado, lo que –erróneamente– considera innecesario. El médico se enfrenta simultáneamente con dos errores: en relación con la existencia del consentimiento, en un error de hecho, y respecto de los presupuestos de un consentimiento válido, en un error de prohibición. Como ambos de error desencadenan distintas consecuencias jurídicas, es necesario aclarar cuál es el error decisivo para el enjuiciamiento jurídico. En la especie, éste es el error acerca de los presupuestos de un conocimiento válido (error de prohibición), porque él sigue siendo relevante incluso conforme al –erróneo– cuadro de representación del médico acerca de la existencia de consentimiento. El caso de aplicación práctica más importante de este principio es el exceso en la *legítima defensa putativa*, a aquel que se halla en dicha situación no el es permitido hacer, en su propia defensa, más que lo que se admita a quien se encuentre en una verdadera posición de legítima defensa.

Especial importancia práctica adquiere semejante combinación de errores cuando el autor desconoce las exigencias de determinados deberes de examen (error de valoración) y cuando, sobre esa base, supone la existencia de hechos (ignorancia de hechos) que justificarían su acción.

Ejemplo: (Según BGH 3, 7); un médico, basándose en un diagnóstico negligente, supone que se cumplen los presupuestos de una interrupción del embarazo médicamente indicada y procede a llevar a cabo esta intervención, en verdad, no necesaria. El BGH (*lo. cit.*) estimó acertadamente que en la especie se daba sólo un error de prohibición evitable y condenó al médico por aborto doloso, aunque fundara satisfactoriamente esta resolución acertada. En efecto, si se atiende a la errónea suposición acerca de los motivos para una interrupción del embarazo médicamente indicada, estaríamos en presencia de un error sobre las circunstancias de hecho excluyente del dolo; ello conducir a que no se castigara el aborto. Tales motivaciones contribuyeron a considerar como más adecuada a la teoría estricta de la culpabilidad. Incluso fundamentales defensores de la teoría limitada de la culpabilidad querían aceptar, en tales casos (junto al estado de necesidad justificante, es posible considerar un deber de examen semejante respecto del consentimiento presunto y de la defensa de intereses reconocidos) una excepción a la teoría estricta, a favor de la teoría limitada de la culpabilidad.

Para un adecuado enjuiciamiento de semejantes constelaciones de casos debe suponerse que estamos en presencia de una *combinación de errores*; a saber, de la conjunción de una valoración equivocada (en relación con el necesario deber de examen) y con un desconocimiento de los hechos (que se presenta como consecuencia del insuficiente examen). Si hay determinados requisitos que se exigen para a constatación de hechos (por ejemplo, un examen “conforme a los conocimientos de la ciencia médica”), el autor debe partir sólo de un conocimiento de hechos adquiridos en cumplimiento de dichos requisitos. Si el autor no respeta los deberes de examen que le son *conocidos*, hay fallas en el elemento subjetivo de justificación. Si, al contrario, el autor desconoce las exigencias del examen, este primer error es relevante en cuanto al error de prohibición y no luego el error de hecho que se basa en aquél. Como de tal modo procede aplicar el § 17, subsiste el hecho como doloso (con posibilidad de atenuación de pena).” Maurach, Reinhart, et al. *Op. cit., Derecho Penal...*, pp. 665 – 666.

muestran partidarios de la teoría del dolo- porque a fin de cuentas el error de tipo no es más que un error de prohibición mediato, lo que significa que tanto en el error de tipo como en el error de prohibición se cree estar obrando lícitamente. Frente a este pensamiento, podemos destacar una serie de observaciones. En primer lugar, si se defiende un tratamiento unitario no podrá reconocerse ningún efecto jurídico a los casos de doble error, es decir, al error que recae sobre los elementos típicos y al error sobre la valoración jurídica de la conducta que el sujeto se ha representado realizar.⁵⁴⁹

Disentimos de esta apreciación de la jurista española, pues si bien la dogmática nos permite apreciar de manera exacta la distinción en la naturaleza del error, ello ocurre con el único fin de obtener un conocimiento más preciso sobre el hecho, lo que no implica necesariamente que sus efectos sean distintos. La misma jurista continúa su argumentación en contra de la teoría unificadora:

En segundo lugar, y conectado con lo anterior, no es cierto que todo error de tipo suponga un error mediato de prohibición en el sentido de que el sujeto que desconoce la realización de una conducta típica también ignora que tal conducta está prohibida. Puede suceder que el sujeto se disponga a realizar una conducta de la que no tiene un correcto conocimiento y, por tanto, no sabe que cumple los presupuestos típicos de un delito, y sin embargo el hecho tal y como se lo ha representado sea valorado de un modo jurídicamente negativo por el sujeto, es decir, cree que realizar la conducta subjetivamente representada por el sujeto está prohibida (cuando, de concurrir objetivamente la situación tal y como se la representó, el hecho sería lícito o al menos irrelevante penalmente). Lo que en términos jurídico-penales significa que se ha producido una doble combinación de errores: por un lado un error directo de tipo y por otro un error inverso de prohibición; de este modo se

⁵⁴⁹ Trapero Barreales, *Op. cit.*, *El error...*, p. 102.

demuestra que no todo error de tipo supone un error mediato de prohibición (obviamente será error mediato de prohibición en el sentido de que se ignora que se realiza una conducta típicamente relevante y por eso se ignora que tal conducta está prohibida: porque no sabemos lo que realmente hacemos no podemos tener conciencia de la antijuridicidad objetiva de nuestra conducta).⁵⁵⁰

Más allá de un argumento en contra de la unificación, por sus efectos, del tratamiento del error, Trapero destaca la problemática del error, cuyas implicaciones en la práctica son una experiencia que permite su estudio a fondo y sin embargo, suele dársele un tratamiento superficial lejano a la naturaleza del propio hecho. El siguiente, sin duda es el argumento retomado por Trapero es uno de los más contundentes para soportar su posición cuando escribe:

En tercer lugar, puede ocurrir que si el sujeto realmente fuese consciente de la situación objetiva y no padeciera ningún error de tipo, también sería consciente de la correcta valoración jurídica de tal conducta objetivamente típica, lo que significa que su error sobre la realización de un hecho típico es esencial y prevalente frente al posible error mediato de prohibición que se asocia al error de tipo. Y, en cuarto lugar, si fuera verdad esa asociación de ideas, que todo error de tipo es la mismo tiempo un error de prohibición, entonces sólo existiría en el error vencible un caso de imprudencia, la de Derecho. Pero puede suceder que el sujeto que realiza el tipo objetivo por un error vencible, es decir, por infracción de las normas de cuidado, sea consciente de que su conducta es descuidada y del peligro para los bienes jurídicos que su conducta poco cuidadosa puede acarrear (por eso precisamente se incrimina la conducta imprudente y se hace el examen de la vencibilidad del error dependiendo de las normas objetivas de cuidado que han podido ser violadas por el sujeto de manera consciente, es decir, el sujeto sabe que

⁵⁵⁰ *Idem*.

se comporta descuidadamente aunque no sepa que con tal conducta descuidada se realiza el tipo objetivo, por ejemplo, el caso del cazador en una zona de caza donde previamente ha observado que merodean otros cazadores, cuando dispara a la zona de la maleza que se mueve pensando que se trata de un animal pero resulta ser un cazador, se considera que su error es vencible porque con el cumplimiento del deber de cuidado podía haber observado que se trataba de un hombre, en este caso el sujeto es consciente de esta posibilidad y, por tanto, por no haberse cerciorado de la verdadera causa de los movimientos de la maleza se le castiga por lesiones u homicidio imprudentes)⁵⁵¹

Con la explicación anterior, Trapero bordea el tratamiento del error distinguido por sus especies, sin embargo, la lógica tradicional no nos permite aceptar que un hecho causado bajo los elementos que dan origen al hecho culposo, sean los que, en el caso del error de prohibición vencible de lugar a la atenuación en aquellos tipos que ni siquiera admiten la forma culposa. Pero ello no es óbice para respetar lo que hoy en día es la doctrina dominante. Trapero concluye:

En otro orden de cosas, y como derivación del tratamiento uniforme del error de tipo y el error de prohibición, se critica a esta teoría que al recurrir en el error vencible de prohibición a la responsabilidad por el delito imprudente correspondiente se producen resultados insatisfactorios por varias razones: en primer lugar, porque el marco penal del delito imprudente puede considerarse insuficiente y por tanto su aplicación injusta en aquellos casos en que el error de prohibición se produce por desconocimiento de normas fundamentales de una manera altamente negligente o descuidada. En segundo lugar, porque en ocasiones la conducta imprudente no está tipificada penalmente. Por lo que el error vencible de prohibición ha de ser considerado como no punible, lo que conlleva a que esta solución cree lagunas de punibilidad

⁵⁵¹ *Ibidem*, pp. 102-103.

que han de ser consideradas contraproducentes. En este sentido se expresa Roxin, quien pone de relieve que ciertas alegaciones sobre el desconocimiento del carácter prohibido de la conducta realizada no se admiten con claridad y, sin embargo, desde la teoría estricta del dolo se tendría que admitir tal error y, en consecuencia, declarar la impunidad de la conducta.⁵⁵²

Contra el argumento de la impunidad no hay mucho que decir, sólo que un sujeto no debe ser sujeto de una pena con el sólo fin de cumplir con una función del Derecho Penal.⁵⁵³ Resulta muy interesante que al final de su disertación, la jurista española señale:

⁵⁵² *Ibidem*, p. 104.

⁵⁵³ Trapero Barreales escribe: "Esta crítica relativa a las lagunas de punibilidad que se pueden producir en el error vencible de prohibición es admitida por Schröder, pero añade este autor en la jurisprudencia del BGH alemán, en los casos de errónea suposición de los presupuestos objetivos de una causa de justificación se admite la tesis de la exclusión del dolo, y esta solución ha servido para que el tribunal alemán se desvíe de la teoría estricta de la culpabilidad en el tratamiento de esta clase de error. Esto significa, en opinión de Schröder, que en estos casos para el BGH las lagunas de punibilidad que se pueden producir con la exclusión del dolo en el error vencible sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no parece que sea injustificada o criticable. La comprobación de este punto de vista del BGH sirve de apoyo a este autor para demostrar que realmente no existe ninguna razón jurídica para tratar de manera diferente el error de tipo y el error de prohibición. Frente a este argumento del autor alemán utilizando como demostración el error directo sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación hemos de hacer unas precisiones; en primer lugar, cuando el tribunal alemán ha aplicado el tipo imprudente en los casos de error vencible sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación lo ha hecho desde el adopción de la teoría limitada de la culpabilidad, es decir, se ha considerado este error como una versión o analogía al error de tipo, no se trata de un error sobre la antijuridicidad de la conducta realizada por el sujeto. Y en segundo lugar, es cierto que el BGH ha admitido la solución de la teoría limitada de la culpabilidad en el tratamiento de este error. Pero la ha hecho cuando está en cuestión la legítima defensa putativa o el derecho de corrección putativo, es decir, se ha admitido en relación con causas de justificación en las que en principio puede aplicarse tipos imprudentes si el error que recae sobre su presencia es vencible. Pero esta jurisprudencia no es uniforme en su aplicación a todas las causas de justificación, y así en relación con el estado de necesidad (y sobre todo en relación con el delito de aborto), en el que el campo de aplicación abarca tipos que sólo son punibles en su forma dolosa, el BGH, siguiendo al RG, en evitación de las reglas que se derivan de la teoría limitada de la culpabilidad en relación con el error vencible, elabora el criterio del examen conforme a deber como especial presupuesto subjetivo de justificación que elimina la relevancia de dicho error vencible. [...] Frente a la teoría estricta del dolo se ha dirigido una crítica relativa a las consecuencias que se originan en torno al carácter objetivo o subjetivo de la antijuridicidad. En este sentido, si la condena del sujeto se hace depender exclusivamente de la representación que éste tenga sobre la antijuridicidad de su conducta (frente a la solución que adopta la teoría de la culpabilidad que tiene en cuenta no sólo la representación efectiva que el sujeto ha realizado, sino que tiene en cuenta aquello que podía y debía haberse representado), esto significará que la decisión de si una conducta está prohibida o está permitida no va a ser tomada por el Derecho, sino que en su lugar va a ser la decisión del sujeto concreto la que decida si dicha conducta está o no prohibida. Desde la teoría del dolo, basta con que el sujeto no tome conciencia de la vigencia de un tipo penal para que quede a salvo de la amenaza penal: no se castiga lo que el legislador ha conminado con pena al tipificar la

Pero no faltan autores que siguen defendiendo la teoría del dolo tanto en el Derecho alemán como en mayor medida en el Derecho español, pese a la regulación legal en los dos ordenamientos. En este sentido, en el Derecho alemán la defensa de la teoría del dolo, pese a la regulación del error de prohibición según lo dispuesto en el § 17 StGB, ha dado origen a la teoría modificada del dolo. Esta tesis es defendida principalmente por Schmidhäuser, quien considera que el principio de culpabilidad tiene total validez cuando el hecho doloso se castiga si el sujeto actúa con conciencia del injusto. En su opinión, la teoría del dolo es una tesis compatible con la Constitución alemana; la teoría de la culpabilidad, recogida en el § 17 StGB, sólo sirve para exponer la conformidad de la regulación del error de prohibición con la Carta Magna. Este autor propone interpretar los § 16 y 17 StGB en consonancia con los principios de la teoría del dolo y para ello considera que en el § 16 se ha de incluir la conciencia actual del hecho y del injusto como presupuesto de la conducta dolosa. El § 17 se ha de interpretar como conciencia potencial del injusto como presupuesto del hecho imprudente, y los casos incluidos en el § 17.2, de error evitable de prohibición en el hecho imprudente, se prevé una atenuación facultativa de la pena. Según esta interpretación, el § 16 se tiene que aplicar al no conocimiento del injusto: el error de prohibición, directo e indirecto, excluye el dolo. El § 17.1 regula los casos para los que según lo dispuesto en el § 16.2 queda intacta la penalidad por el hecho imprudente y se basan en un error de prohibición. El § 17.2 regula la licitud de la atenuación de la pena para los casos que según el § 16.1.2. queda intacta la pena por hecho imprudente y se basa en un error evitable de prohibición.⁵⁶⁴

conducta lesiva o peligrosa para un bien jurídico, sino lo que el sujeto decide a través de su conocimiento sobre el carácter prohibido de dicha conducta. Esto significa que el juicio de la antijuridicidad en el sentido de conducta prohibida de manera general, frente a todos, es sustituido por el juicio subjetivo de la antijuridicidad en el sentido de la valoración negativa y consiguiente prohibición que el sujeto concreto haya realizado de su conducta; si falta esta valoración negativa, el hecho no será antijurídico." Trapero Barreales, *Op. cit.*, *El error...*, pp. 105 - 106.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 109.

Si al estudiar la actualización del error de prohibición en cada especie, se aprecia que la generalidad de la gente desconoce en principio hasta las leyes, que pudieran considerarse de conocimiento general (Constitución, Código penal, Código Civil, reglamento de tránsito, etc.) entonces podremos coincidir que no se puede exigir un conocimiento más específico como el de otras leyes (Vgr. Código Fiscal de la Federación, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, etc.) y en ese tenor se podrá advertir que nuestra dogmática penal debe ajustarse a las condiciones sociales y culturales de la población a la que va dirigida. Pues no puede, como una cataplasma, traer de ultramar un pensamiento y buscar su implementación sin observar que el mismo se ha forjado teniendo como punto de partida una sociedad diferente. Debemos comenzar por hacer el trabajo de crear una sociedad consciente de sus leyes y de su observancia, con cultura cívica. Pues de lo contrario se corre el riesgo de que, en atención a la función que le debe el Derecho Penal a la sociedad, se siga castigando la ignorancia que ella misma ha creado. Si partimos del hecho, planteado desde la hipótesis, que a la figura del error en materia penal no se le ha dado la importancia que merece en nuestra dogmática, ello obedece a las pocas resoluciones que, estando presente dicha figura no se atiende a la misma, es soslayada o confundida⁵⁵⁵, del modo en que

⁵⁵⁵ Y es que también el error tiene diversos vasos comunicantes con otras figuras y/o teorías pertenecientes al Derecho Penal, por ejemplo, la del dominio del hecho, para lo cual el penalista Champo Sánchez escribe: "Con respecto al error de prohibición, se discute en el campo del finalismo su relevancia para la configuración de la autonomía medita. El propio Wetzel señaló que si bien el error de prohibición facilita la decisión de ejecutar el hecho, no hace a la persona que determinó el error en señor (*sic*) sobre el acontecer fáctico. En este caso se reconoce, que la acción que realiza el sujeto de delante podría ser atribuible como su propio hecho, ya que respecto a lo prohibido por la norma actúa finalmente.

También Roxin utiliza el criterio de supradeterminación final del curso causal para la fundamentación del dominio del hecho en los supuestos de error de prohibición. Al igual que en el error de tipo, quien actúa en error de prohibición es libre de su decisión y, en consecuencia, tampoco es necesario un dominio directo del sujeto de atrás sobre la persona del instrumento. Por tal motivo, el error

aparentemente resulta todo un reto probar el dolo lo mismo ocurre con el error en materia penal.⁵⁵⁶ Günther Jakobs, no solo pertenece a la doctrina dominante, sino la encabeza, con ideas como la siguiente:

Se afirma que es específicamente el principio de culpabilidad el que requiere que queden impunes aquellas personas que yerran de manera inevitable acerca de las consecuencias de su comportamiento, y que

de prohibición, invencible del intermediario sirve de base, siempre, para construir la autoría mediata del sujeto de atrás.

En virtud de que la finalidad propia del actuar humano es la que permite dominar los acontecimientos, para Roxin los casos de error de prohibición, y dado que el instrumento actúa dolosamente, distingue dos grados de dominio del hecho (basados en la supradeterminación final); 'para el dominio del hecho de primer grado basta el sido conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho, o sea, los presupuestos del injusto, sin que el autor tenga que haber advertido el sentido social, el desvalor, de su comportamiento. El segundo y superior grado del dominio del hecho presupone que el agente ha advertido además el sentido del tipo, o sea, la dañosidad social o la antijuridicidad material de su hacer. Únicamente en este segundo grado es posible una configuración del hecho con pleno sentido.'

...Así pues, el dominio del hecho de segundo grado requiere sólo la conciencia de la antijuridicidad material, no de la forma.'

Welzel –citado por Roxin– aporta el ejemplo de una mujer que aborta en un país extranjero pensando que éste comportamiento, al igual que en su país de origen, no está prohibido por el ordenamiento: a) ha sido determinada a cometer el hecho por otra persona que conocía la existencia de la prohibición; b) alguien le ha prestado ayuda para abortar siendo conscientemente de la prohibición.

Aplicando el método de Roxin. La autora Carolina Bolea Bardon, coincide con él al considerar que en este ejemplo de la mujer que aborta sí sabe que en el país en el que se encuentra el aborto es en general considerado moralmente reprochable y dañoso socialmente, entonces tiene (a pesar de su desconocimiento de la prohibición legal) el segundo nivel de dominio del hecho, y el hombre de atrás que la ha instigado es solamente inductor. En caso contrario, piensa que el aborto es útil para la comunidad siendo aprobado por la opinión general como control de la natalidad, entonces el de atrás es autor mediato.

Ahora bien, respecto a la evitabilidad del error Roxin concluye: 'Al mismo tiempo, de lo expuesto se deduce que la cuestión de si un error de prohibición es exculpable y en qué medida, no representa un criterio determinante por necesidad de la autoría mediata. Ciertamente cabe afirmar que un error de prohibición sólo va a ser vencible cuando le esté oculta al autor al menos la desvaloración de su comportamiento; consiguientemente, por lo general puede establecerse que un error exculpante convierte al sujeto de detrás que lo ha advertido, en titular de un dominio del hecho superior grado. Pero este enunciado no es válido a la inversa: un error de prohibición que sólo aténue la culpabilidad o que no exculpe en absoluto no siempre presupone que el agente tenga claro el sentido social de su conducta, pues la no exculpabilidad puede residir también en la incorrección reprochable de seguimiento valorativo. Con todo, la mayor reprochabilidad del error de prohibición se basará casi siempre en que el autor tenía claro que llevaba acabo algo materialmente injusto, pues cuanto más claro le llegue esto a su consciencia con más facilidad será por lo general, evitable el error.' Champo Sánchez, Nimrod Mihalael, *El Dominio del hecho*, Porrúa, 2006, pp. 94 – 96.

⁵⁵⁶ Trapero Barreales escribe: "Desde el punto de vista práctico, se argumenta en contra de esta teoría las dificultades en materia probatoria del contenido del dolo en relación con el conocimiento actual de la antijuridicidad de la conducta que el sujeto se dispone a realizar. Ante esta dificultad probatoria los Tribunales se encuentran ante una disyuntiva, o niegan la existencia del dolo, dando lugar a una sentencia absolutoria injustificada (a no ser que se admita la tesis de que existe una cláusula general de imprudencia *invis*), o, por el conocimiento de la antijuridicidad, solución que tampoco es acertada.

Frente a esta crítica se puede poner de relieve que las dificultades probatorias no son un argumento suficiente para desvirtuar esta teoría, ya que las mismas dificultades se plantean en relación con el dolo eventual p. Ej., y esto no significa que tal clase de dolo sea rechazado." Trapero, *Op. cit.*, *El error...* p. 113.

esto también ocurra en el caso de quienes yerran de manera evitable, o que éstos en todo caso reciban una pena inferior a la de los autores que obran con dolo, después de lo expuesto hasta el momento, queda claro que esa afirmación en el mejor de los casos, es una definición, y en el peor encubre determinadas finalidades, pero en todo caso no constituye a fundamentación de la relación entre conocimiento y culpabilidad, error e inocencia. En este sentido, y como he expuesto, la inevitabilidad de un error sólo constituye un argumento en el ámbito de la imputación si se parte de que la realidad es susceptible de ser dominada; una realidad concebida de esa manera no necesita de la imputación de consecuencias fortuitas. Más aún que se imputase en ese caso tendría efectos disfuncionales, ya que al imputarse ese tipo de consecuencias se tambalearía el eje de la representación vigente de la realidad, esto es, que la realidad puede planificarse. Por consiguiente, no existe un elemento de la culpabilidad previo a la sociedad llamado "inevitabilidad" que tuviese que ser respetado por toda la sociedad; al contrario, la percepción social de la realidad es la que determina bajo qué condiciones debe imputarse, y si la presencia de un error resulta ser un obstáculo para ello, puede denominarse la imputación de consecuencias de un comportamiento culpable "principio de culpabilidad" y contraponerlo a la imputación del destino, sin que con ello, sin embargo, pueda excluirse que en ambos casos, tanto en el de la imputación de culpabilidad como en el de imputación de destino, se trate de instituciones sociales que sean ambas perfectamente funcionales, dependiendo del estadio de desarrollo de la sociedad en cuestión. Dicho con otras palabras: en la sociedad desmitificada, el principio de culpabilidad tiene una función.⁵⁵⁷

Afortunadamente, en los años recientes, la dogmática penal en México ha tomado nuevos bríos, llegados algunos del viejo continente, pero que, finalmente, permiten avanzar al encuentro de nuevas respuestas. Se escriben de manera más usual nombres como los de Daza Gómez, Díaz-Aranda,

⁵⁵⁷ Jakobs, Günther, *Op. cit.*, *Moderna...*, pp. 88 - 89.

Román Quiroz, Champo Sánchez, Quintino Zepeda, Jiménez Martínez, Berchermann, etcétera, sumados a los de distintos y renombrados tratadistas alemanes y españoles, lo que de suyo permite ver, con esperanzas fundadas, que se podrá construir la Teoría del error acorde a la sociedad que la demanda.

Si de suyo, a la figura del error tiene una problemática aun sin resolver del todo por la dogmática, el problema de la ubicación del dolo, para determinar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, trae aparejado el hecho de hacer nugatoria la invocación del error de tipo como excluyente de delito.⁵⁵⁸

⁵⁵⁸ Dicho problema, advertido líneas arriba, es puesto en claro por el joven penalista Quintino Zepeda quien, al abordar lo relativo al tema en cuestión señala: "Problema tres: A continuación véase el razonamiento de una Sala Penal que al referirse a la conducta del enjuiciado, expresó: '...comportamiento delictivos que el encausado los llevó a cabo como autor material, además de manera dolosa, ya que conocía el contenido de la norma prohibitiva y aún así quiso el resultado obtenido...'. Salta a la vista que la responsable basó la comprobación del dolo del acusado mediante la aseveración de que el 'sujeto activo' 'conocía el contenido de la norma prohibitiva y aún así quiso el resultado obtenido'. Es fácil observar que la Sala Penal, con el argumento de que el supuesto agente activo 'conocía el contenido de la norma prohibitiva', con tal argumento intentó acreditar el dolo del encausado, y, con base en ello, a la vez también pretendió comprobar que el encausado no se comportó bajo un error de prohibición.

Se levanta la pregunta en el sentido de saber si el conocimiento de la norma prohibitiva es o no un elemento perteneciente al dolo.

Dicho sea brevemente:

¿Es válido acreditar el dolo a través del conocimiento de la norma prohibitiva?

¿Es jurídicamente correcto desestimar el error de prohibición si se parte del hecho de que el conocimiento de la norma prohibitiva es un elemento perteneciente al dolo?

Desde luego, conforme a nuestra legislación penal vigente, el conocimiento de la norma prohibitiva no es un elemento perteneciente al dolo; de ahí que si el conocimiento de la norma prohibitiva se incluye como elemento del dolo, entonces, el examen del error de prohibición se hace imposible, pues el mismo carecería de objeto.

De la definición legal de dolo se desprende que el conocimiento de la norma prohibitiva no es un elemento que le pertenezca. Así, si la legislación penal define al dolo como el conocimiento de los elementos del tipo, tal definición permite inferir que el dolo no abarca el conocimiento de la antijuridicidad, el conocimiento de la norma prohibitiva.

De otra manera, si el conocimiento de la antijuridicidad perteneciera al dolo, entonces, el error sobre el conocimiento de la norma prohibitiva (conciencia o conocimiento de la antijuridicidad), tendría que resolverse conforme a las reglas del error de tipo, en tanto que el dolo se define como el conocimiento de los elementos del tipo; consecuentemente, la regulación del error de prohibición carecería de objeto (¿cuál sería el objeto del error de prohibición si el conocimiento de la norma prohibitiva fuese un elemento perteneciente al dolo?).

Se advierte que si el conocimiento de la norma prohibitiva fuese un elemento perteneciente al dolo, entonces, el error de prohibición carecería de objeto, y su reconocimiento en la ley sería innecesario.

Esto es, si el conocimiento de la norma prohibitiva fuese un elemento del dolo, y dado que el dolo se define como el conocimiento de los elementos del tipo, entonces, el error sobre el conocimiento de la norma prohibitiva, sería un error de tipo y, no un error de prohibición.

El conocimiento de la norma prohibitiva no es un elemento perteneciente al dolo, ello simplemente se deduce porque, de otra manera, la ley penal no distinguiría entre error de tipo y error de

Rubén Quintino pone de manifiesto un error cometido en el ámbito judicial:

Atiéndase a la siguiente disposición emitida por el Sexto Tribunal Colegiado del Primer Circuito:

'...debe señalarse que el artículo 15, fracción VIII, del Código Penal para el Distrito Federal vigente en la época de los hechos, actualmente contemplado en el artículo 29, fracción VIII, del nuevo ordenamiento punitivo, recoge como 'causa de exclusión del delito' (causa de inculpabilidad), tanto el error de tipo como el llamado 'error de prohibición indirecto' ...en ambos errores el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo'.

Se obtiene que tanto el error de tipo como el error de prohibición:

'...en ambos errores el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo'.

En atención a lo dispuesto por el Sexto Tribunal Colegiado, tanto el error de tipo como el error de prohibición coinciden plenamente. En apoyo de lo anterior, el Tribunal de amparo citó la tesis de jurisprudencia que sigue:

'Es aplicable en lo que interesa, la tesis de jurisprudencia número 140, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 97, Tomo II, Séptima Época del Semanario Judicial de la Federación, que dice:

prohibición." Quintino Zepeda, *Diccionario Temático de la ciencia penal moderna*, 2ª ed. Magister, México, 2006, p. 189.

'Error de tipo y error de prohibición indirecto o error de permisión. El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal recoge como circunstancia excluyente de la responsabilidad, tanto el error de tipo como el llamado 'error de prohibición indirecto' ...en ambos errores el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo versa sobre el carácter ilícito del propio hecho...'

Es inaudito que el Tribunal Colegiado en cuestión acoja un criterio jurisprudencial de la Quinta Época, cuyo contenido carece incluso de lógica elemental, toda vez que si el error de tipo y el error de prohibición se equivalen mutuamente, no habría razón para nombrarlos de distinta manera siquiera.⁵⁹⁹

Pero si esta clase de confusiones no dejan sino un claro ejemplo de desconocimiento de la figura del error, no menos grave es cuando, como lo señalamos líneas arriba, se convierte en una figura de difícil o casi imposible invocación y aplicación con criterios como el que el mismo joven penalista refiere:

Al respecto, transcribo los argumentos esgrimidos por el Sexto Tribunal Colegiado:

El Tribunal de referencia estima que la ubicación sistemática del dolo, ya sea en el tipo o en la culpabilidad, no tiene trascendencia práctica alguna, pues en su consideración:

*'...debe señalarse que independientemente de la posición doctrinaria para ubicar el dolo, la materia de la *litis* constitucional se construye a analizar si la autoridad responsable aplicó indebidamente o no la*

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 190.

descripción legal contenida en el artículo 9, del Código penal vigente en la época de los hechos, misma que coincide esencialmente con lo previsto en el artículo 18 del Nuevo Código Penal Local...’.

Brevemente, según el Tribunal de amparo:

- a) La ubicación sistemática del dolo, no representa sino una simple posición doctrinal, respecto del cual no cae inferir repercusión práctica alguna.
- b) La ubicación sistemática del dolo, en nada se relaciona con el concepto legal del mismo.
- c) Tanto el Código penal de 1931, como el Código penal vigente, ambos, coinciden en cuanto al concepto legal del dolo.

Contrario a las estimaciones anteriores, el concepto legal de dolo si determina el alcance y la ubicación sistemática del mismo, pues como se aprecia, el elemento cognoscitivo del dolo está referido a la comprensión de los *elementos del tipo* (artículo 9 del Código Penal de 1931), o simplemente, a los *elementos objetivos del tipo* (artículo 18 del Código Penal vigente).

Se infiere que si el dolo estuviera sistemáticamente ubicado en la culpabilidad, el mismo abarcaría no sólo el conocimiento de los elementos del tipo, sino también la comprensión de la antijuridicidad del hecho, desde luego, contra la legislación penal actual.

El sexto Tribunal Colegiado considera que el dolo está sistemáticamente ubicado en la culpabilidad, de tal modo que, en su apreciación, el dolo es una ‘forma de culpabilidad’

Léase el siguiente pronunciamiento del Tribunal Colegiado:

‘...este Tribunal Colegiado considera que el estudio del dolo, es una ‘forma de culpabilidad’, y debe estudiarse en la culpabilidad... por lo que debe estarse a lo que imponga la ley, y no a lo que digan respetables doctrinarios...’. p. 965.

Se desprende de lo anterior:

- a) Que el dolo es una 'forma de culpabilidad' y, por tanto, debe analizarse a nivel de culpabilidad; además.
- b) Que es la propia definición legal de dolo, las que permito establecer que éste es una forma de culpabilidad y, por ende, debe estudiarse en la culpabilidad.

Efectivamente, de ser el dolo una 'forma de culpabilidad' y, al estar sistemáticamente ubicado en dicha categoría, entonces, el dolo implicaría, en contra de su definición legal, no sólo el conocimiento de los elementos del tipo, sino también la comprensión de la antijuridicidad del hecho. Es decir, como se verá en adelante, el Tribunal de amparo parte de la tan errónea base de que la conciencia de la antijuridicidad del hecho pertenece al dolo, y éste, a su vez, a la culpabilidad.

El Tribunal Colegiado estima que, respecto al dolo, lo único que puede probarse para acreditarlo es la conciencia de la antijuridicidad del autor

Atiéndase a la siguiente consideración del Tribunal Colegiado:

'...debe señalarse que el dolo al ser un aspecto de naturaleza interna, lo único que puede probarse, es si existen o no razones que demuestren el conocimiento que se tiene de lo ilegal de un hecho...' p. 975

Se advierte:

- a) Que el dolo únicamente se puede acreditar si se prueba que en el caso existen o no 'razones que demuestren el conocimiento que se tiene de lo ilegal de un hecho'; y, derivado de esto último:
- b) Que el conocimiento de lo ilegal de un hecho, es decir, la conciencia de la antijuridicidad, es un elemento perteneciente al dolo.

Luego de considerar que el dolo abarca el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, el Sexto Tribunal Colegiado no repara en

ubicarlo sistemáticamente en la culpabilidad, valiéndose para ello en la misma tesis objeto de crítica en la misma revista aquí citada.

Decepciona saber que los Tribunales Colegiados en cuestión, desconocen el alcance y la ubicación sistemática del dolo.⁵⁶⁰

Y por ende, al desconocerse la ubicación del dolo, lo accesorio es dejar sin efecto los años de evolución que ha tenido el error en materia penal. Y este problema aumenta cuando se hacen férreas críticas al uso de elementos del tipo en lugar del concepto procesalista cuerpo del delito, dada la carta de naturalización que tiene dicho concepto tanto en la historia como en el foro, a pesar de su carácter realmente ambiguo y que requiere acompañarse, indefectiblemente de su definición.

Debemos señalar que el problema parte del contenido de artículos como el 122 del Código de procedimientos penales del Distrito Federal y su correspondiente, 168, del Código Federal de Procedimientos penales que actualmente señalan:

(REFORMADO, G.O. 3 DE MAYO DE 1999)

ARTICULO 122.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

(REFORMADO, G.O. 28 DE ENERO DE 2005)

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.

(DEROGADO TERCER PARRAFO, G.O. 28 DE ENERO DE 2005)

(REFORMADO, G.O. 28 DE ENERO DE 2005)

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 298.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpaado, la autoridad deberá constatar que no exista acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

De este modo y vista la última reforma de enero de 2005, se puede apreciar que la literatura que creó este tipo de definiciones sobre el cuerpo del delito, atienden de manera más clara a la disposición que todavía se conserva en el Código adjetivo penal federal y que establece:

(REFORMADO, D.O.F. 18 DE MAYO DE 1999)

ARTICULO 168.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpaado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del inculpaado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del inculpaado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

En una primera aproximación al tema, Carlos Barragán señala:

El maestro Colín Sánchez manifiesta que el legislador consideró como cuerpo del delito a los elementos materiales de la propia infracción; a criterio de este autor, esto es incorrecto. Existen infracciones en las que es necesario, al integrar el cuerpo del delito determinar algunos otros elementos del injusto punible, como los elementos típicos subjetivos y los normativos, mismos que atendiendo estrictamente al criterio del legislador y la Suprema Corte, estarían excluidos y en este caso sólo se tomarían en cuenta los elementos objetivos, es decir, aquellos que sólo pueden ser conocidos por la aplicación de los sentidos (objetivamente).

De lo expuesto, concluye el autor que el tipo penal puede tener como contenido, según el caso:

- a) lo meramente objetivo (homicidio),

- b) lo objetivo y normativo (estupro);
- c) lo objetivo, lo normativo y lo subjetivo (robo), y
- d) lo objetivo y lo subjetivo (abuso sexual).

En consecuencia, el cuerpo del delito (antes tipo delictivo) se da cuando hay tipicidad, según el contenido de cada tipo, de manera que el cuerpo del delito corresponderá según el caso a lo objetivo, a lo subjetivo y normativo, a lo objetivo, normativo y subjetivo o bien a lo objetivo y subjetivo.

El cuerpo del delito corresponde en la mayoría de los casos a lo que generalmente se admite como tipo y en casos menos generales a lo que corresponde como figura delictiva, es decir, el *total delito* (robo, abuso de confianza, fraude, allanamiento de morada, etcétera).⁵⁶¹

Como puede observarse, la exclusión del estudio del dolo al momento de resolver lo relativo al cuerpo del delito, deja sin posibilidades de exclusión al error que versa sobre aquel, o bien al error de subsunción, y los proyectos establecidos como punto de partida, aun no resuelven este dilema, como lo expone el doctor Sergio García Ramírez en su código de procedimientos penales modelo cuando señala:

El proyecto se basa en el texto de los artículos 16 y 19 constitucionales en los términos de la reforma de 1999, que sustituyó el concepto de cuerpo del delito por la noción de elementos del tipo penal. En la regulación procesal de esta materia se procuró dejar de lado preferencias de carácter doctrinario. Sólo se alude a lo que resulta necesario para que el Ministerio Público ejercite la acción y, en su hora, se dicten orden de aprehensión o auto de procesamiento.

Obviamente, las disposiciones legales deben atender los términos expresos de las normas constitucionales. Por ello se dice que el cuerpo del delito se integra con todos los elementos previstos en la descripción

⁵⁶¹ Barragán Salvatierra, Carlos. *Derecho procesal penal*, 2ª ed., McGraw Hill, México, 2004, pp. 365 – 377.

legal del hecho punible. Hay opiniones diferentes en cuanto a la pertinencia de aludir en este punto al dolo y a la culpa. A su turno, la probable responsabilidad se relaciona con la intervención del agente en los hechos que se le atribuyen. Para proceder a la consignación, el Ministerio Público analizará la existencia de causas de extinción y excluyentes de responsabilidad. Acreditados estos extremos, se resolverá, en su caso, el ejercicio de la acción.⁵⁶²

Y en ese tenor propone para establecer el cuerpo del delito el siguiente artículo:

Cuerpo del delito y probable responsabilidad

Artículo 152. La averiguación previa tiene por objeto acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en su caso, para el ejercicio de la acción penal. El cuerpo del delito se integra con **todos** los elementos previstos en la descripción legal del hecho punible. La probable responsabilidad se relaciona con la intervención del agente en los hechos que se le atribuyen. El Ministerio Público verificará la existencia de causas que excluyan el delito o extingan la pretensión punitiva.⁵⁶³

Una novedad es el establecer que se integra con todos los elementos previstos de la descripción legal, pero nada se dice sobre el dolo y éste subsiste como un problema que debe resolverse en la práctica con mejores argumentos y resoluciones, que apegadas a la evolución de la dogmática penal, subsanen las deficiencias legislativas.

⁵⁶² García Ramírez, Sergio, *et al*, *Código penal y código de procedimientos penales modelo*, UNAM, México, 2004, pp. 146 – 147.

⁵⁶³ *Idem*.

4.7.1.1. Tesis sobre el error de prohibición y la inducción de los órganos gubernamentales al error: por la multiplicidad de ordenamientos y la falta de difusión de los mismos.

La falta de planeación en el aspecto legislativo ha permitido que existan dos fenómenos recurrentes en la materia que nos ocupa, en primer lugar está la diversificación sin causa de la legislación penal, lo que ha desnaturalizado el concepto de Código en las leyes penales; y en segundo lugar la legislación duplicada para un mismo supuesto de hecho. En lo particular consideramos que los órganos gubernamentales pueden contribuir de manera negativa a que un sujeto se ubique en una hipótesis normativa penal, de modo tal que lo induzcan al error.

Resulta casi imposible que el sujeto conozca los elementos constitutivos del tipo tomando en cuenta, la variedad de tipos existentes en tantas legislaciones como entidades federativas hay en México y en las que hemos visto, no todas contemplan el tratamiento del error de la misma forma ni con las mismas sanciones, así como la inexistencia de tipos penales entre una entidad y otra, lo que recalca la idea del Dr. Franco Guzmán respecto a la unificación de la ley penal la cual se ve reflejada en el tema que ahora tocamos. Por ejemplo, ya sea en mayor o menor grado⁵⁶⁴, los delitos informáticos están establecidos en los Códigos penales de Aguascalientes, Baja California, Chiapas, Colima, Distrito Federal, Morelos, Oaxaca, Puebla, Sinaloa, Querétaro, Tabasco, Tamaulipas, Zacatecas y en el federal. Ello da lugar a que

⁵⁶⁴ Entendiéndose esto si la legislación establece los delitos informáticos, o bien sólo enuncia algún medio electrónico relacionado con los mismos.

un sujeto de una entidad donde no se han establecido los tipos relativos a este injusto, realice, sin saberlo, en otra entidad la conducta que resulta reprochable por las leyes penales, dando en consecuencia procesos que tienden a la inculpabilidad de los procesados o, la impunidad de aquellos que las realizan desde un lugar donde su conducta no está tipificada. Asimismo existen códigos penales estatales donde no se hace referencia alguna; éstos son los de Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala, Veracruz Llave y Yucatán.

Es destacable y cuestionable el hecho que en Yucatán no esté legislado dentro de su legislación penal el error como excluyente de delito, pues esto demuestra que la figura no está arraigada en nuestra legislación y, aunque se trate de una sola entidad, ello acusa las diferencias que se dan sobre el tema que nos ocupa. De tal manera que, tantas legislaciones como estados permiten observar en mayor o menor medida la manera en que la dogmática ha permeado en el trabajo legislativo.

Dentro de la vasta legislación, ya sea administrativa o penal, encontramos diversos vasos comunicantes que van más allá de ser sólo eso, pues existen disposiciones normativas en distintos cuerpos legales que sanciones tanto administrativas como penales para un mismo hecho.⁵⁶⁵ Vgr. El

⁵⁶⁵ Sobre el particular Mario Alberto Torres López escribe "Bajo la denominación de este capítulo (dualidad del hecho ilícito) queremos dar a entender una circunstancia que se presenta con relación a ciertos delitos fiscales y ciertas infracciones fiscales: el mismo comportamiento es delito y también es infracción.

La expresión gráfica de esto nos ahorrará una y mil palabras sobre lo que se pretende hacer notar, para lo cual citaremos preceptos del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Aduanera:

<p style="text-align: center;">Código Fiscal de la Federación</p> <p>Art. 102.- Comete el delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga de él mercancías:</p> <p>I. Omittiendo el pago total o parcial de las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse.</p> <p>...</p> <p>Art. 104.- El delito de contrabando se sancionará con pena de prisión:</p> <p>I. De tres meses a cinco años, si el monto de las contribuciones o de las cuotas compensatorias omitidas, es de hasta \$5000,000.00, respectivamente o, en su caso, la suma de ambas es de hasta (sic) \$750,000.00 II. De tres meses a nueve años, si el monto de las contribuciones o de las cuotas compensatorias omitidas, excede de \$500,000.00, respectivamente o, en su caso, la suma de ambas excede de \$750,000.00.</p>	<p style="text-align: center;">Ley Aduanera</p> <p>Art. 16.- Comete las infracciones relacionadas con la importación o exportación, quien introduzca al país o extraiga de él mercancías, en cualquiera de los siguientes casos:</p> <p>I. Omittiendo el pago total o parcial de los impuestos al comercio exterior y, en su caso, de las cuotas compensatorias, que deban cubrirse.</p> <p>...</p> <p>Art. 178.-Se aplicarán las siguientes sanciones a quien cometa las infracciones establecidas por el artículo 176 de esta ley:</p> <p>I. Multa del 130% al 150% de los impuestos al comercio exterior omitidos, cuando no se haya cubierto lo que correspondía pagar. Cuando la infracción a que se refiere esta fracción sea cometida por pasajeros, se impondrá una multa del 100% al 300% del valor comercial de las mercancías, salvo que se haya ejercido la opción a que se refiere la fracción I del artículo 50 de esta ley, en cuyo caso, la multa será del 70% al 100% de dicho valor comercial</p>
<p style="text-align: center;">Código Fiscal de la Federación</p> <p>Art. 110.-Se impondrá sanción de tres meses a tres años, a quien:</p> <p>I. Omíta solicitar su inscripción o la de un tercero en el Registro Federal de Contribuyentes por más de un año contado a partir de la fecha en que debió hacerlo, a menos que se trate de personas cuya solicitud de inscripción deba ser presentada por otro aun en el caso de que éste no lo haga</p>	<p style="text-align: center;">Código Fiscal de la Federación</p> <p>Art. 79.- Son infracciones relacionadas con el Registro Federal de Contribuyentes las siguientes:</p> <p>I. No solicitar la inscripción cuando se está obligado a ello o hacerlo extemporáneamente, salvo cuando la solicitud se presente de manera espontánea.</p> <p>Art.- 82. A quien cometa las infracciones relacionadas con el Registro Federal de Contribuyentes a que se refiere el artículo 79, se le impondrán las siguientes multas:</p> <p>I. De \$1,000.00 a \$3,000.00, a las comprendidas en las fracciones I, II y VI.</p>

Si bien algunas diferencias no sustanciales podemos afirmar que, generalmente, quien comete el delito también comete la infracción. [...]

Tal vez el punto más álgido de la cuestión sea que, por la comisión de un delito el responsable se hace merecedor a una pena, y, por llevar a cabo la infracción el responsable también es acreedor a otra sanción. Dado que la aplicación de las sanciones penales o administrativas requiere de la intervención de la autoridad y de que ésta cumpla ciertas formalidades que se traducen en un procedimiento judicial o administrativo, se afirma también que los procedimientos en contra de una misma persona se duplican; esto no es del todo cierto porque en ocasiones el procedimiento administrativo se instruye contra una persona moral y el proceso penal en contra de una persona física. Rodolfo Cepeda López Hermosa manifiesta al respecto que *'al estudiar la materia que nos ocupa, encontramos un fenómeno peculiar que ha sido objeto de interminables discusiones, tanto doctrinales como jurisprudenciales; nos referimos al caso que se presenta cuando el incumplimiento de un deber se considera a la vez como falta y como delito fiscales, aplicándose al mismo tiempo una sanción administrativa y una pena'*.

Qué podemos decir acerca de este peculiar fenómeno de hechos delito-infracción, sobre todo en lo que concierne a la respuesta de la siguiente interrogante: ¿Es constitucional que un comportamiento sea delito e infracción a la vez, y que por ello el responsable reciba las sanciones penal y administrativa?

Partiendo de la garantía del artículo 23 constitucional -*non bis in idem*- Cepeda Lópezhermosa y Lomeli Cerezo, llegan a la conclusión de que la dualidad delito-infracción es inconstitucional. Veamos: 'Esta postura viola, en nuestra opinión, el principio *non bis in idem*, establecido en el artículo 23 constitucional que dice a la letra: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede

Código Fiscal de la Federación, que por un lado permite la imposición de multas y por otro, la posibilidad, que, previa declaratoria de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se inicie la averiguación previa correspondiente por la posible presencia de delitos fiscales.⁵⁶⁶ Ello, da lugar al interesante debate

ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.⁵⁶⁷

El problema del alcance de esta garantía en el campo tributario ha surgido principalmente en torno a la cuestión derivada de ciertas normas tributarias, en virtud de las cuales los mismos hechos u omisiones constituyen, a la vez, delitos e infracciones fiscales, como sucede en el contrabando, la defraudación fiscal, comercio clandestino, elaboración clandestina de productos y rompimientos de sellos, dándose origen a dos procedimientos sancionatorios diversos: uno ante las autoridades judiciales para la comprobación y castigo del delito, y otro, que se tramita ante las autoridades administrativas, para constatar y sancionar la infracción de carácter administrativo....

En resumen, consideramos que para evitar la violación del artículo 23 constitucional y del principio esencial del orden jurídico, denominado *non bis in idem*, que consagra dicho precepto constitucional, en estricto derecho tendría que suprimirse la dualidad de procedimientos (penal y administrativo) a que nos hemos referido, para lo cual sería necesario que se optara por uno solo de ellos. Es decir, las transgresiones que actualmente constituyen a la vez delito e infracción administrativa, tendrían que configurarse o bien como delitos o exclusivamente como contravenciones, escogiendo para darles el carácter delictual a aquellas que, de acuerdo con la tradición jurídica y la conciencia social, se consideran verdaderamente graves y lesivas para los intereses de la colectividad, como el contrabando y la falsificación de timbres, marbetes, calcomanías, placas, etc., usados para acreditar el pago de prestaciones fiscales, y tipificando sólo como infracciones administrativas, las que no responden en la realidad social a esas exigencias, tales como la defraudación fiscal, comercio clandestino, etcétera.

De lo anterior resultaría que en los delitos fiscales la jurisdicción correspondería exclusivamente a la autoridad judicial, la que fijaría las penas corporales y pecuniarias establecidas por la ley que configurara el delito, ya fuera del Código Fiscal u otra ley impositiva.⁵⁶⁸ [...]

Raúl González-Salas Campos opina lo siguiente: "existe la posibilidad de que un mismo comportamiento suponga una infracción administrativa y, simultáneamente, otra penal, en cuyo caso cabría pensar en la posibilidad de que se dé el concurso de normas y la correspondiente acumulación de sanciones, violándose así, como se vio en el primer capítulo, el principio del *non bis in idem*, de acuerdo con lo establecido por los Arts. 60 y sigs. y 94 del CFF"; además señala que "si la infracción criminal absorbe plenamente en sí el contenido de injusto, el hecho debe castigarse exclusivamente con pena criminal sin recurrir a la imposición de la sanción administrativa... admitir en este caso la acumulación de sanciones es vulnerar el principio del *non bis in idem*." Torres López, Mario Alberto, *Teoría y práctica de los delitos fiscales*. Porrúa, México, 2000, pp. 15 - 19.

⁵⁶⁶ Al abordar un tema similar, Muñoz Conde escribe: "Así, por ejemplo, es casi imposible determinar si el error sobre la existencia o la cuantía de la deuda tributaria en el delito fiscal es un error de tipo o un error de prohibición, pues este elemento del delito en cuestión es, al mismo tiempo, que elemento (normativo) del tipo, un elemento integrante de la antijuricidad. Si no hay deuda tributaria, difícilmente se puede defraudar 'indebidamente' al Erario público. De ahí que la polémica sobre el tratamiento que merece este tipo de error sea inacabable y no haya encontrado todavía una solución plenamente satisfactoria.

Lo mismo sucede con otros elementos de carácter jurídico que se encuentran a menudo en los delitos patrimoniales y económicos. Sistemáticamente es fácil decir que el error sobre la 'ajenidad' de la cosa mueble en el hurto es un error de tipo y el error sobre la disponibilidad de la cosa que se sabe ajena a un error de prohibición. Pero político-criminalmente produce una cierta desazón comprobar las consecuencias a que conduce uno u otro tipo de error en caso de vencibilidad: impunidad en el primer caso, por no ser punible la comisión imprudente del hurto; pena atenuada del delito doloso en el segundo.

Mucho más complicada se presenta todavía la distinción en los delitos cuyas tipicidades contienen referencias a la antijuricidad, como el delito de detenciones 'ilegales', o en los tipos abiertos de los delitos imprudentes, en la determinación de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión o de la idoneidad del sujeto activo en los delitos especiales.

sobre la doble sanción a una conducta, sin embargo, el enfoque que nos interesa en este trabajo se limita al hecho que el sujeto desconozca el marco legal de esa doble sanción a su conducta o que crea que esa conducta sólo tiene una sanción (la administrativa, por supuesto). Así como el órgano de gobierno está obligado a divulgar el contenido del marco legal en el que se desenvuelve la sociedad, debe cerciorarse que aquellos que están sujetos a un régimen en particular, sean conocedores de las sanciones aplicables.

También existen conductas que, de una entidad a otra tienen un tratamiento distinto, por ejemplo, las placas superpuestas en un vehículo en el Distrito Federal se considera una falta administrativa, mientras que en el Estado de México implica una sanción penal de acuerdo con el tipo penal de ataques a las vías de comunicación, artículo 193, del Código punitivo de la entidad. Lo mismo ocurría con el hecho de conducir en estado de ebriedad.

En ese orden de ideas, el hecho que los órganos gubernamentales no realicen las campañas pertinentes para asegurar que los gobernados tienen un conocimiento exacto de la disposición que establece alguna sanción de carácter punitivo, hace imposible determinar con meridiana claridad que el sujeto a quien va dirigida la conoce, esto claro, si no se encuentra entre los deberes de conocimiento que por sus funciones debería tener.

La separación entre el conocimiento de los elementos típicos que exige el dolo, y el conocimiento de la antijuricidad, que psicológicamente es cuestionable, se complica, por tanto, en la práctica por la dificultad que presentan algunos elementos a los que tiene que referirse ese conocimiento, para ser ubicados, sistemáticamente en el tipo o en la antijuricidad. La artificiosidad de la separación se traduce, pues, en una insatisfacción en los resultados, cuando la propia lógica del sistema obliga a imponer distintas consecuencias (impunidad de la imprudencia, pena atenuada del delito doloso), que en absoluto se corresponden con la idea de Justicia material.

Es decir, lo que en definitiva se plantea en estos casos es si existe entre ellos una diferencia valorativa tan relevante que justifique (y aún exija) un tratamiento penal también diferente. Y con la mano en el corazón habrá que confesar abiertamente que esa diferencia valorativa está más en la cabeza del penalista, previamente convencido de la bondad de la teoría de la culpabilidad, que en el sentimiento de justicia vivo en la comunidad social." Muñoz Conde, *Op. cit.*, *El error*..., p. 37.

Es inobjetable que mientras exista una pluralidad de códigos y leyes, los órganos del Estado contribuyen a la ignorancia de los gobernados y, en ese entendido no puede exigirles más allá de lo que este vicio legislativo provoca: ignorancia, incultura cívica, desconocimiento de las normas.

Conclusiones.

PRIMERA.- La figura del error en materia penal cobra cada día mayor relevancia dentro de la doctrina. Esto ocurre a medida que se profundiza en los mecanismos que llevan a un sujeto hacia la actualización de una hipótesis penal. Estos resortes pueden derivar de una falsa concepción de la realidad.

SEGUNDA.- El error es una discrepancia del conocimiento con la realidad, una falsa concepción que, en ocasiones puede ser la ausencia de conocimiento de esa realidad.

TERCERA.- Entendida la facultad de los órganos de gobierno del Estado para determinar qué conductas se sancionan penalmente y cuales se excluyen, no es posible que los órganos de gobierno del Estado en lugar de resolver la problemática que enfrenta una sociedad en estos temas sea parte del problema o que permita institucionalmente la preservación del mismo.

CUARTA.- Resulta importante distinguir los conceptos de error e ignorancia, ya que aun existe la máxima jurídica que reza "la ignorancia no exime de la observancia de la ley" (v. gr. el Código Penal italiano en su artículo 5), nuestras leyes penales sobre el particular se refieren al error.

"Ignorancia", dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, viene del latín *ignorantia*. Y la define como falta de ciencia, de letras y noticias, general o particular. La segunda acepción se refiere a la ignorancia del Derecho en la cual señala: "Desconocimiento de la ley, el cual, a nadie excusa, porque rige la necesaria presunción o ficción de que, promulgada aquella, han

de saberla todos". La tercera acepción se refiere a la ignorancia cuando ésta es invencible, así, el diccionario de referencia señala: "La que tiene alguien de algo, por no alcanzar motivo o razón para desconfiar de ello."

La doctrina penal unifica de manera pragmática el criterio mediante el cual se identifica al error con la ignorancia, tal como lo preveía Carrara.

QUINTA.- La ignorancia y el error tienen una concepción distinta. Filosófica y psicológicamente pueden distinguirse; resulta inconcuso que podríamos establecer diversos ejemplos en los que se definiría cada concepto, sin embargo, por los efectos jurídico penales que derivan de ambos, no existe una razón para distinguirlos, por tanto este trabajo, como los que lo han precedido está adherido a las ideas unificadoras. Aun cuando, en su momento observemos que no hay un tratamiento igual para las distintas clases de error, lo cierto es que la ignorancia es fuente del error (salvo en la creencia discrepante) y jurídicamente tienen el mismo efecto. Esta asignatura queda pendiente hasta entonces.

SEXTA.- La duda es resuelta por la dogmática penal de manera unánime: no pertenece a la clasificación del error, debido a que en la misma va inserta la resolución del sujeto de realizar un acto que abre las posibilidades de actualizar la hipótesis normativa penal.

SÉPTIMA.- La teoría unificadora (sobre error de hecho y error de derecho) en realidad devuelve el fenómeno del error a sus principios, aun con la salvedad de explicar que su objetivo es destacar no la identidad entre el error de hecho y el error de derecho a través del efecto jurídico que la ley penal les otorga, sin

embargo y, atendiendo a las posturas dominantes hoy en día, no podemos soslayar dogmáticamente la partición que existe del error, que ha seguido la suerte del dolo.

Una vez dado ese paso, la teoría unificadora fue superada en aras de una nueva teoría, que, abarque el fenómeno del error en la posición que actualmente ocupa. Ahora bien, si al Derecho sólo le importa lo que trasciende dentro del mismo, error de hecho (trascendente al mundo del derecho) y error de derecho como tal son finalmente errores de derecho en general.

La cuestión unificadora debe tender ahora a los efectos que a cada especie de error le correspondan, ya se trate por defectos cognitivos o por defectos volitivos.

OCTAVA.- Las tesis sostenidas por la dogmática alemana establecen el punto de partida y la frontera del conocimiento sobre la materia, debido a lo cual, la propuesta de este trabajo de orientarse hacia una teoría del error no tiene como propósito hacer una nueva teoría sobre la materia, sino dirigir los esfuerzos académicos, judiciales y de investigación hacia aquellas corrientes del pensamiento que hacen del derecho penal una materia viva y consciente en la que existe la posibilidad del error como excluyente de sanción, derivada de la falsa o nula representación de la realidad.

NOVENA.- El grado de conocimiento sobre la ilicitud penal permite establecer si el sujeto activo satisface los requisitos necesarios para arribar a sus consecuencias jurídicas. Esta circunstancia que abarca instrucción, educación, medios de información asequibles al sujeto, orientación educativa, etcétera, y

que pocas veces se estudia al momento de determinar una pena o sanción, es la que puede auxiliar para determinar el grado de resolución (dolo) con el que se ha determinado un sujeto, o bien la conciencia (antijuridicidad) con la que ha llevado a cabo el ilícito penal.

DÉCIMA.- La imputabilidad es considerada entre otras formas como un presupuesto de la culpabilidad. Este último elemento, visto desde sus bases subjetivas, requiere de una voluntad dirigida que pueda preconcebir y determinarse, por lo que dichas capacidades sólo pueden darse de manera inobjetable en quienes pueden entender y querer las cosas. Siendo necesaria la confirmación que la imputabilidad se dirige a todo aquel que puede ser sometido a juicio de reproche. Involucra a todo aquel que puede hacer suyo un acto de voluntad. La imputabilidad no tiene que ver tanto con el delito como con el sujeto que despliega una conducta que pudiera ser reprochable, por lo que nos adherimos con el pensamiento que considera a la imputabilidad como presupuesto de culpabilidad. Pues no podemos entrar al estudio de la representación de un hecho, si el sujeto no tiene siquiera la capacidad de entender que es la representación en los términos de la teoría de la culpabilidad.

DÉCIMA PRIMERA.- En amplio sentido la culpabilidad ha sido estimada como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica", "comprendiendo por ello a la imputabilidad, mientras en sentido estricto, como lo observa Welzel, culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de disvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable. Desde este punto de vista la libertad de voluntad y la capacidad de

imputación, en suma, la imputabilidad, constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el reproche supone necesariamente libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad."

DÉCIMA SEGUNDA.- Esto es, el sujeto resulta reprochable en tanto conoce la naturaleza del acto que realiza.

DÉCIMA TERCERA.- Para que se considere que un sujeto ha obrado con conciencia de antijuridicidad se requiere:

1.- Comprensión de la ilicitud del hecho no es en sentido técnico jurídico, sino en la valoración general propia.

2.- No requiere ni el conocimiento de la punibilidad ni el conocimiento de la prescripción legal que contiene la prohibición.

3.- Requiere el conocimiento "actual" de la contradicción, precisamente, referido a aquella norma cuya lesión se reprocha al autor. No es suficiente el conocimiento potencial de la antijuridicidad, pues de admitirse, significaría que el autor imputable, es siempre culpable, pues, dada su capacidad, siempre hubiera podido conocer la prohibición.

Si el autor desconoce la antijuridicidad del acto, está bajo un error de prohibición.

DÉCIMA CUARTA.- El error de tipo supone una falta de conocimiento sobre los elementos constitutivos del tipo penal y cuya actualización excluye del delito cuando éste ha sido invencible, de modo tal que prevalece el juicio de reproche

cuando el Código Penal establece que el delito actualizado puede cometerse a título de culpa.

DÉCIMA QUINTA.- Luego debemos coincidir en que sólo lo previsible es evitable. Pero no podemos exigir una previsibilidad genérica, pues debemos tomar en cuenta que los delitos se cometen por seres humanos y cada uno de ellos es distinto entre sí, por lo que a esa previsibilidad debemos agregar que será acorde a la naturaleza de cada sujeto.

DÉCIMA SEXTA.- la frontera que divide al error de tipo del error de prohibición es tenue, ambos, que importan al derecho por sus efectos son errores de derecho al fin, pero con distinción sobre el elemento en el que se actualiza la norma penal, ya sea en sus elementos típicos o en el carácter cultural que protege la norma y que es transgredido.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Así, los problemas relativos al error en materia penal, aparecen desde su denominación (de los errores de hecho y de derecho a los de tipo y de prohibición) hasta su ubicación sistemática así como en la vencibilidad del mismo. El principio *ex ante* nos permite retrotraernos al momento previo la hecho en estudio. Con esta perspectiva se puede valorar la vencibilidad del error.

DÉCIMA OCTAVA.- El trabajo realizado por los tribunales españoles poco a poco van delineando las reglas aplicables a las variantes del error. Estas reglas de apreciación, permiten al juzgador valorar el hecho imputado con un mayor grado de objetividad, a pesar de los elementos que cada caso en particular

proporciona. Así tenemos que el juicio sobre la evitabilidad del error contendrá aspectos objetivamente sustentables tales como:

1) Respecto a los medios de ejecución: no puede aceptarse el error cuando el sujeto actúa empleando *vías de hecho* desautorizadas por el Ordenamiento jurídico y que es de conocimiento general su carácter prohibido. Como tampoco es de apreciar el error cuando el autor emplea *un medio comisivo clandestino*, de que se sirve para ejecutar el ilícito penal.

2) Deben ser valoradas, en el seno del caso concreto, las circunstancias en las que el sujeto realiza el hecho. Aplicando, en lo posible, el principio *ex ante* para determinar las causas que dieron origen al hecho en sí.

3) Deben tomarse en cuenta las características *profesionales, psicológicas y culturales* del agente, pues tratándose de un error que afecta el conocimiento del hecho, es necesario determinar si podía acceder a dicho conocimiento o no.

4) Retomamos la decisión de los tribunales españoles cuando atienden que el error no sería acogible cuando, *en un orden de pensamiento normal conforme a cánones habituales consagrados por la experiencia y el sentir social*, no existan motivos para considerar que el agente se hallare desprovisto de la *normal conciencia de la antijuricidad* o, al menos, de la *fundada sospecha de que su proceder es contrario a Derecho*.

5) También deber ser tenido presente el hecho de que el agente 'tenga ya *cierta experiencia en la materia criminal por la que se le enjuicia*', *experiencia* que debe ser avalada por el dato de que previamente haya sido juzgado y condenado por un delito de la misma materia.

DÉCIMA NOVENA.- Uno de los pasos que debe seguir el legislador en México es, sin duda, evitar en lo posible duplicar la sanción a un mismo acto, así como la diversidad de tratamientos a un mismo tipo penal y, en ese tenor, tender hacia la unificación de la legislación penal. Ello contribuirá a que el error de prohibición pueda determinar con mayor justeza su vencibilidad.

VIGÉSIMA.- A guisa de ejemplo hemos podido observar de qué manera esta figura jurídica ha sido abordada por los más altos tribunales españoles. La comparación con las tesis dispersas que se han vertido en México es abismal. De allí la propuesta de enfocar la dogmática hacia una teoría del error en materia penal.

PROPUESTAS

Cuando establecimos la hipótesis del trabajo que nos ocupa, la misma atendía a un problema recurrente en el foro: la baja cantidad de asuntos en los que se estudia al error en materia penal en sus distintas especies, de modo tal que en múltiples ocasiones un caso en particular donde se actualiza alguna hipótesis de error, ya se trate de órganos ministeriales o judiciales optan por resolver el referido asunto a la luz de causas de atipicidad en general o bien destacando la falta de elementos para procesar, sin que ello involucre el estudio correspondiente sobre la hipótesis de error que pudiera actualizarse y, en su caso su ubicación dogmática. Dicha ausencia es reflejo de la falta de tratamiento en la legislación o la ausencia de la figura del error.

En tal virtud, la hipótesis se refuerza con la propuesta que debemos orientar e incrementar el estudio sobre la teoría del error en materia penal, pues si bien, las nuevas tendencias permiten un mayor alcance de la norma punitiva, la teoría del error permitirá que ese alcance no afecte a aquellos cuyas condiciones personales, circunstancias particulares o entorno cultural se reviertan en su contra derivado de un acto errático.

Esta propuesta debe reflejarse a través de actos concretos como son:

A) Una reforma legislativa a nivel nacional, desde el nivel constitucional, que permita la unificación del derecho penal en un solo Código para todo el país, pues no está justificada la dispersión de normas penales que únicamente acrecientan el problema que nos ocupa.

En dicha legislación el error de tipo vencible, en primer lugar atenderá a los elementos que componen el tipo, sin soslayar los normativos y dejando en

claro la ubicación del dolo; asimismo se sancionará como un delito culposo, en aquellos tipos que admiten la forma culposa. (*numerus clausus*)

El error de tipo invencible será excluyente de delito.

El error de prohibición invencible será excluyente de delito.

El error de prohibición vencible dejará tener el carácter de atenuante para todos los tipos penales y sólo se aplicará como tal en los delitos que admitan la forma de realización culposa. (*numerus clausus*)

B) Implementar mecanismos que tiendan a la difusión de las leyes en toda la población. Destacando la obligación de todo ciudadano de conocer las leyes básicas de su entorno social, bajo el argumento que conocer las leyes no sólo servirá para conocer sus derechos, sino ello contribuirá a mantener cohesionado el núcleo social al que pertenece.

C) Difundir los casos en los que la teoría del error es aplicable como una defensa más dentro de un proceso penal. Lo cual puede ocurrir a través de la difusión editorial de este asunto, así como en la realización de cursos que versen de manera particular sobre la teoría del error en materia penal en el Derecho Penal mexicano.

D) Crear en su momento la materia (a nivel especialización, maestría y doctorado) de Teoría del error en derecho penal, cuya ubicación metodológica deberá estar en un nivel en el que, para entonces, ya se hayan cubierto materias tan importantes como Teoría del Delito y Teoría de la Culpabilidad.

Sólo a través de estas propuestas habremos iniciado la discusión sobre el tema y estaremos encaminados hacia una teoría del error en materia penal, la cual es urgente dadas las necesidades de certidumbre y legalidad de todo justiciable.

APÉNDICE I
LEGISLACIÓN MEXICANA SOBRE ERROR

La legislación penal mexicana guarda severas diferencias entre sus múltiples códigos, lo que de suyo ya es un problema, sobre el cual cobra vigencia la unificación sobre el tratamiento tanto de las figuras penales como de las reglas mediante las cuales se sanciona una conducta o bien, mediante las que se excluye la aplicación de cada código. Mientras llega el momento de la unificación, se propone la revisión de la legislación penal, ya sea para incluir la figura del error en sus códigos (vgr. Yucatán); actualizarse sobre el contenido del mismo, o perfeccionar lo relativo a su tratamiento.

Código Penal Federal

LIBRO PRIMERO
TÍTULO PRIMERO
Responsabilidad penal
CAPÍTULO IV
Causas de exclusión del delito

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

...

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- b).- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código⁵⁶⁷.

...

Código Penal para el Distrito Federal⁵⁶⁸

LIBRO PRIMERO
Disposiciones generales
TÍTULO SEGUNDO
El delito
CAPÍTULO V
Causas de exclusión del delito

⁵⁶⁷ Artículo 66. En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.

⁵⁶⁸ Su denominación hasta la reforma de 6 de junio de 2006 fue "Nuevo Código Penal para el Distrito Federal"

Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

...

VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

- a).- Alguno de los elementos objetivos⁵⁶⁶ que integran la descripción legal del delito de que se trate; o
- b).- La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código⁵⁷⁰.

...

Una vez que hemos visto el contenido relativo a la sanción para el caso del error de prohibición, podremos observar en lo subsiguiente, que la sanción nunca es uniforme y va desde la discrecionalidad de imponer "hasta una tercera parte de la pena del delito que se trate" en el caso del Código Penal Federal, lo que implica que pudiera ser menos la sanción, hasta "la imposición de la cuarta parte" en el Código del Distrito Federal, la cual ya no posee esa discrecionalidad; o bien en otras legislaciones se verán variaciones que llevarán al juzgador a imponer "hasta la mitad de la sanción". Todas estas variaciones no son sino el reflejo de un problema con un tratamiento diferenciado y cuyos rasgos que les distinguen no cobran justificación para tal efecto.

⁵⁶⁶ ¿qué sucede con el error de subsunción, que recae en el error sobre los elementos normativos? El contenido de la disposición los excluye, como lo hace con el dolo, dejando su discusión, de manera equívoca en el segundo inciso.

⁵⁷⁰ Artículo 83. (Punibilidad en el caso de error vencible). En caso de que sea vencible el error a que se refiere el inciso a), fracción VIII del artículo 29 de este Código, la penalidad será la del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.

Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de la misma fracción, la penalidad será de una tercera parte del delito que se trate.

Al que incurra en exceso, en los casos previstos en las fracciones IV, V y VI del artículo 29 de este Código, se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad, correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso, no exista otra causa de exclusión del delito.

Estado de Aguascalientes

Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes

LIBRO PRIMERO

De las figuras típicas

TÍTULO CUARTO

De las normas ampliadoras o delimitadoras de las figuras típicas

Artículo 137. No se formulará juicio de reproche si el inculpado realizare la conducta típica provocadora de un resultado de lesión o de peligro, bajo coacción o amenaza de un mal actual y grave, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigirse una conducta diversa; o si realiza tal conducta bajo un error invencible, respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción típica.

TÍTULO PRIMERO

De las figuras típicas dolosas

CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO

Tipos Penales Protectores del Equilibrio Ecológico

Artículo 91. Para los efectos del presente título, actúa dolosamente el que conociendo los elementos de la descripción típica o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho punible descrito. También actúa dolosamente el que, queriendo producir el resultado de lesión o de peligro, produce otro, por error en la persona o en el objeto, y se aplicará en este caso, la pena o medida de seguridad correspondiente al tipo comprobado, valorándose las circunstancias de configuración del hecho.

El error de prohibición se hace nugatorio frente a este código.

Estado de Baja California

Código Penal para el Estado de Baja California

LIBRO PRIMERO

TÍTULO SEGUNDO

El hecho punible

CAPÍTULO V

Causas excluyentes del delito

Artículo 23. Exclusión del delito. No hay delito, cuando:

...

X. Error de tipo, prohibición invencible y Error Vencible. Se realice el hecho bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o, por error igualmente invencible, estime el sujeto activo que su conducta es lícita.

Si el error es vencible, se estará a lo dispuesto por el artículo 78 de este Código.⁵⁷¹

⁵⁷¹ Artículo 78. Aplicación de pena en caso de error vencible. Cuando los errores a que se refiere la fracción X del artículo 23 de este Código sean vencibles, se impondrá al sujeto que se encuentre en dicha situación hasta una mitad del máximo de las penas previstas para el delito de que se trata.

Estado de Baja California Sur

**Código Penal para el Estado de Baja California Sur
LIBRO PRIMERO
TÍTULO SEGUNDO
El delito
CAPÍTULO VII
Causas excluyentes del delito**

Artículo 32. No hay delito cuando:

- ...
- k).- Se realice el hecho bajo un error invencible, respecto de alguno de los elementos de la descripción legal.
 - l).- Por error invencible, estime el sujeto activo que su conducta se realiza en supuestos o circunstancias que fundamenten una causa de licitud.
 - m).- Existe error invencible respecto de la ley penal o del alcance de ésta;

Estado de Campeche

**Código Penal del Estado de Campeche
TÍTULO PRIMERO
Responsabilidad penal
CAPÍTULO IV
Circunstancias excluyentes de responsabilidad**

Artículo 13. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I) Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible;

...

IV) Ejecutar un hecho que no es delictivo sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar;

...

El código en comento establece, como otros códigos (vgr. Nayarit y Tlaxcala), una fórmula oscura que hace referencia al sujeto y sus condiciones o circunstancias "del ofendido" y no del sujeto activo, lo cual implica que es un tratamiento demasiado limitado a la figura del error.

Estado de Chiapas

Código Penal para el Estado de Chiapas
LIBRO PRIMERO
TÍTULO PRIMERO
Responsabilidad penal
CAPÍTULO III
Causas de exclusión del delito

Artículo 13. El delito se excluye cuando:

...

VIII. Se realice el hecho bajo un error invencible:

A).- Respecto de alguno de los elementos objetivos esenciales que integran el tipo penal; o

B).- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.

Si el error es vencible se estará a lo dispuesto en el artículo 58 de este código.⁵⁷²

...

El Código chiapaneco no sólo exige que se trate de elementos objetivos, sino que éstos sean esenciales.

Estado de Chihuahua

Código Penal del Estado de Chihuahua
LIBRO PRIMERO
TÍTULO SEGUNDO
Del delito
CAPÍTULO VI
Causas de excluyen la incriminación

Artículo 24. Son causas que excluyen la incriminación, y se harán valer de oficio:

...

XI. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal.

B).- Respecto de la ilicitud de la conducta.

⁵⁷² Artículo 58. Cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o mas aspectos y cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor.

Cuando el hecho se realice por persona o personas quienes por error, ignorancia sobre la existencia de la ley penal o del alcance de esta, en razón del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, o al amparo de practicas, tradiciones, o gestiones comunitarias, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la correspondiente al delito de que se trate.

Artículo 66. En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 13 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será hasta de una tercera parte del delito de que se trate.

XII. Cuando por las circunstancias del caso y las condiciones personales del agente, le impidan razonablemente que se conduzca conforme a derecho.

...

Estado de Coahuila

Código Penal para el Estado de Coahuila

LIBRO PRIMERO
Parte general
TÍTULO SEGUNDO
El hecho delictivo
CAPÍTULO CUARTO
Tipicidad
Sección segunda
Intervención típica

Artículo 23. REGLAS PARA LA PUNIBILIDAD DE LAS CONDUCTAS DE AUTORES Y PARTICIPES. Para la punibilidad de las conductas de autores y partícipes, se observarán las reglas siguientes:

...

VII. INTERVENCIÓN Y ERROR. El tipo penal realizado bajo error, sólo favorece a quien sufre la falsa apreciación.

CAPÍTULO CUARTO
Tipicidad
Sección duodécima
Atipicidad

Artículo 42. EXCLUYENTES DE DELITO POR AUSENCIA DE TIPICIDAD. Hay atipicidad:

...

II. ERROR DE TIPO. Cuando el hecho se realice por error de tipo penal necesariamente doloso; o por error invencible de tipo penal que admita la culpa.

Existirá error de tipo cuando circunstancias objetivas originen discrepancia entre el hecho que se decide realizar y el que se realiza; incidiendo la falsa representación sobre cualquier elemento del tipo penal de un delito.

Es inatribuible al autor o partícipe el aumento de gravedad proveniente de modalidades o circunstancias, si con relación a ellas se conduce bajo ignorancia o error. La falsa creencia de causa atenuante que se origine por circunstancias objetivas; o subjetivas con base objetiva, favorece al autor o partícipe en quien concurra.

El error de tipo penal que admita la culpa será invencible cuando en el caso concreto, es imprevisible el resultado que se causa sin decidirlo. Mas si el resultado que se origina, en el caso concreto es previsible, el error será vencible y se sancionará conforme al tipo penal culposo que corresponda.

...

CAPÍTULO QUINTO
Antijuridicidad

Artículo 47. CONDUCTAS TÍPICO PENALES CON MODALIDAD ATENUANTE POR EXCESO EN CAUSA DE PERMISIÓN. Se impondrá desde tres días, hasta dos tercios del máximo de prisión y multa que corresponda a la figura típica que cometa:

A quien al adecuar su conducta al tipo penal de un delito, se exceda en legítima defensa; estado de necesidad; cumplimiento de un deber; ejercicio de un derecho; práctica de un deporte; u obediencia jerárquica justificante.

Hay exceso cuando el autor hace más de lo que racionalmente es necesario o le permite la base justificante.

El artículo 29 es aplicable al error vencible de prohibición o de exigibilidad.

CAPÍTULO SEXTO

Culpabilidad

Artículo 51. CAUSAS EXCLUYENTES DE DELITO POR AUSENCIA DE CULPABILIDAD. La conducta es inculpable:

I. **ERROR DE PROHIBICIÓN.** Cuando se realiza bajo error invencible de prohibición.

Existe error de prohibición cuando hay discrepancia entre el hecho y su representación por el agente, con relación a la ilicitud penal de su conducta; siempre y cuando la discrepancia obedezca a que el agente ignore que su conducta es punible; o porque circunstancias objetivas lo motivan a creer que no es penal la ilicitud de su conducta; o le originan la creencia falsa que concurre causa que impide la lesión jurídica o que la permite.

El error de prohibición es invencible cuando las condiciones personales del agente y circunstancias del caso, le impiden o dificultan superar su ignorancia o que advierta su falsa apreciación.

II. **ERROR DE EXIGIBILIDAD.** Cuando se realiza bajo error invencible de exigibilidad.

Existe error de exigibilidad cuando las circunstancias objetivas que motivan la conducta del agente, le originan la creencia falsa de una causa que conforma estado de necesidad inculpable o temor fundado.

El error de exigibilidad es invencible cuando las condiciones personales del agente y circunstancias del caso le impiden o dificultan advertir su falsa apreciación....⁵⁷³

⁵⁷³ TÍTULO QUINTO

Consecuencias jurídicas del hecho delictivo

CAPÍTULO TERCERO

Penas de prisión

Sección segunda

Límites punibles

Artículo 52. DELITOS QUE SE COMETEN BAJO ERROR VENCIBLE DE PROHIBICIÓN O DE EXIGIBILIDAD Y PENALIDAD. Los errores de las fracciones I y II del artículo 51 serán vencibles si las condiciones personales del agente y circunstancias en que se conduce le permiten advertir con facilidad su ignorancia o falsa apreciación, según corresponda.

En tales casos, al agente se le impondrá desde tres días, hasta la mitad del máximo de prisión y multa, según el delito que cometa.

El artículo 29 es aplicable al error vencible de prohibición o de exigibilidad.

Artículo 68. REGLAS PARA FIJAR LOS LÍMITES LEGALES PUNIBLES DE LA PENA DE PRISIÓN. Para fijar los límites legales punibles de la pena de prisión, se atenderá:

I. **LÍMITES PUNIBLES MÍNIMO Y MÁXIMO.** A la penalidad mínima y máxima legal que se señale para el tipo penal básico, complementado o privilegiado doloso de que se trate; según sea en grado de tentativa o consumado. O bien, a la penalidad mínima y máxima legal que se señale para el tipo penal culposo que corresponda.

II. **REDUCCIÓN O AUMENTO POR MODALIDAD ATENUANTE O AGRAVANTE.** En su caso, dichos límites punibles se reducirán o aumentarán en la medida que la ley señale, cuando: Se trate de imputabilidad disminuida; modalidades del tipo penal; exceso; error vencible de tipo penal que admita la culpa; error vencible de prohibición o de exigibilidad; y, en los demás casos que prevea la ley.

III. **CONCURSO DE MODALIDADES ATENUANTES O AGRAVANTES.** Cuando aparezca que el delito se cometió bajo dos o más modalidades atenuantes, se atenderá a la que señale la menor penalidad mínima y máxima.

Más si los límites mínimos y máximos son discrepantes, se estará al mínimo menor, con el máximo menor de ellos.

Si se trata de dos o más modalidades agravantes, se atenderá a la que señale la penalidad mínima y máxima mayor.

Más si los límites mínimos y máximos punibles son discrepantes, se estará al mínimo mayor, con el máximo mayor de ellos.

Estado de Colima

Código Penal para el Estado de Colima

LIBRO PRIMERO
TÍTULO SEGUNDO
Delito y delincuente
CAPÍTULO III
Inexistencia del delito

Artículo 16. No hay delito cuando:

...

IX. La conducta o el hecho se realicen bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción típica, o por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta⁵⁷⁴;

...

Artículo 73. Cuando la conducta o el hecho se realicen con ignorancia de que se encuentren regulados por la ley penal o por falsa apreciación de ésta, en virtud de error esencial e invencible, motivado por el extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto se le podrá imponer de 3 días a 4 años de prisión o las medidas de seguridad necesarias para su incorporación social.

Artículo 74. Cuando alguien por error cometa un delito en persona distinta de aquella contra la que iba dirigida su acción no serán tomadas en cuenta las circunstancias que se deriven de la cualidad del ofendido, siendo en cambio valuadas, para los efectos de la sanción, las particularidades subjetivas en las que deliberó y ejecutó el delito.

Estado de Durango

Código Penal para el Estado de Durango

LIBRO PRIMERO
Disposiciones generales
TÍTULO SEGUNDO
Delito y responsabilidad
CAPÍTULO PRIMERO
El delito y sus clases

Artículo 15. En el caso de que, queriéndose cometer un delito se cometa otro, por error en la persona o en el resultado, se aplicará la pena correspondiente al delito cometido, valorándose además, las circunstancias subjetivas de deliberación y ejecución.

Artículo 26. Son causas excluyentes de responsabilidad:

...

VI. Obrar por error substancial de hecho que no derive de culpa;⁵⁷⁵

⁵⁷⁴ **Artículo 72.** Cuando la conducta o el hecho se realicen bajo un error vencible respecto de algunos de los elementos esenciales que integran la descripción típica, o por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta, será responsable a título de culpa, si el tipo legal admite ésta.

Artículo 73. Cuando la conducta o el hecho se realicen con ignorancia de que se encuentren regulados por la ley penal o por falsa apreciación de ésta, en virtud de error esencial e invencible, motivado por el extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto se le podrá imponer de 3 días a 4 años de prisión o las medidas de seguridad necesarias para su incorporación social.

Artículo 74. Cuando alguien por error cometa un delito en persona distinta de aquella contra la que iba dirigida su acción no serán tomadas en cuenta las circunstancias que se deriven de la cualidad del ofendido, siendo en cambio valuadas, para los efectos de la sanción, las particularidades subjetivas en las que deliberó y ejecutó el delito.

Estado de México

Código Penal del Estado de México

LIBRO PRIMERO

TÍTULO SEGUNDO

Delito y responsabilidad

CAPÍTULO V

Causas excluyentes del delito y de la responsabilidad

Artículo 15. Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:

...

IV. Las causas de inculpabilidad:

a).- ...

b).- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

1. Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;

2. Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca el alcance de la ley, o porque crea que está justificada su conducta.⁵⁷⁵

...

Estado de Guanajuato

Código Penal para el Estado de Guanajuato

LIBRO PRIMERO

Parte general

TÍTULO SEGUNDO

El delito

CAPÍTULO I

Clasificación y forma

Artículo 15. Para el caso del error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 33, si éste es vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.

Artículo 16. En el supuesto previsto en el inciso b) de la fracción VIII del artículo 33, si el error es vencible, se aplicará una punibilidad de hasta una tercera parte de la señalada al delito de que se trate.

Artículo 17. Se considerará que el error es vencible cuando quien lo sufre pudo sustraerse de él aplicando la diligencia o el cuidado que en sus circunstancias le eran exigibles.

Artículo 19. Hay tentativa punible aún en los casos de delito imposible, cuando por error el agente considera que existía el objeto en que quiso ejecutarlo o que el medio utilizado era el adecuado.

La punibilidad aplicable será de un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la que correspondería si el delito hubiere sido posible. Si el error deriva de notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no es punible.

Artículo 33. El delito se excluye cuando:

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

a).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

⁵⁷⁵ **Artículo 91.** En el caso de que queriéndose cometer un delito se cometa otro, por error en la persona o en el objeto, se impondrá la pena del delito cometido, la cual podrá ser aumentada hasta la mitad de la correspondiente al delito que se quiso cometer.

⁵⁷⁶ **Artículo 64.** En caso de que el error a que se refiere el inciso b) y numeral 1 de la fracción IV del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) apartado 2, de dicho precepto, la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate.

b).- Respecto de la licitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por los artículos 15 y 16, según corresponda.

...

Estado de Guerrero

Código Penal del Estado de Guerrero

LIBRO PRIMERO

Parte general

TÍTULO II

El delito

CAPÍTULO V

Causas de exclusión del delito

Artículo 22. El delito se excluye cuando:

...

X. Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos objetivos esenciales que integran la descripción legal, o por el mismo error estime el sujeto activo que su conducta está amparada por una causa de licitud, o cuando el hecho se realice por error invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta;

...

Las causas de exclusión del delito, se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte en cualquier estado del procedimiento.⁵⁷⁷

Estado de Hidalgo

Código Penal para el Estado de Hidalgo

LIBRO PRIMERO

TÍTULO SEGUNDO

Delito

CAPÍTULO VI

Causas excluyentes del delito

Artículo 25. No hay delito cuando:

...

X. Se obre bajo error invencible, que no derive de culpa, respecto a alguno de los elementos objetivos esenciales que integran la descripción legal, o por error igualmente invencible, estime el sujeto activo que su conducta es lícita, porque crea que está amparada por una causa de justificación o porque por su extremo retraso cultural y aislamiento social desconozca la existencia de la Ley o el alcance de ésta;⁵⁷⁸

⁵⁷⁷ Artículo 62. Cuando el sujeto realice el hecho en situación de error vencible, en cualquiera de los casos previstos por la fracción X del artículo 22, se le impondrá hasta la mitad de las sanciones establecidas para el delito de que se trate.

⁵⁷⁸ Artículo 100. Cuando los errores a que se refiere la fracción X del artículo 25 de este Código sean vencibles, se estará a las siguientes reglas:

I. Para el error de tipo, se aplicará la punibilidad que para los delitos culposos prevé el artículo 98 de este Código, si el tipo penal admite esta forma de realización o

II. Para el error de prohibición, se aplicará la mitad de la punibilidad prevista para el delito de que se trate.

Estado de Jalisco

**Código Penal para el Estado de Jalisco
LIBRO PRIMERO
TÍTULO PRIMERO
De los delitos y la responsabilidad penal
CAPÍTULO IV
Causas excluyentes de responsabilidad**

Artículo 13. Excluyen de responsabilidad penal las causas de inimputabilidad, las de inculpabilidad y las de justificación.

I. Son causas de inimputabilidad:

...

II. Son causas de inculpabilidad:

- a).- El temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o de alguien ligado a éste por vínculos cercanos de parentesco o por lazos de amor o de estrecha amistad;
- b).- Ejecutar un hecho que no es delictuoso, sino por circunstancias del ofendido, si el ejecutor las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar;
- c).- Causar un daño por mero accidente, sin dolo ni culpa, ejecutando un hecho lícito;
- d).- El error de hecho, esencial e invencible; y
- e).- Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, cuando su orden no constituya notoriamente un delito.
- f).- El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente.

...

El Código penal jalisciense todavía establece el error de hecho, cuestión superada por la dogmática hace más de veinticinco años en la dogmática penal mexicana. Cuestión que se repite en el código penal michoacano.

Estado de Michoacán

Código Penal del Estado de Michoacán

**LIBRO PRIMERO
Parte general
TÍTULO SEGUNDO
El delito
CAPÍTULO III
Causas excluyentes de incriminación**

Artículo 12. Son causas excluyentes de incriminación:

...

IX. Obrar por error de hecho, esencial e invencible, que no derive de culpa;

Estado de Morelos

**Código Penal para el Estado de Morelos
LIBRO PRIMERO
Parte general
TÍTULO TERCERO
Delito**

CAPÍTULO V

Causas excluyentes de incriminación

Artículo 23. Se excluye la incriminación penal cuando:

...

X. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible sobre:

- a).- Alguno de los elementos objetivos del hecho típico;
- b).- La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque cree que está justificada su conducta;

...

CAPÍTULO V

Causas excluyentes de incriminación

Artículo 25. A quien por error vencible se exceda en alguna de las excluyentes de incriminación previstas en las fracciones IV a VII del artículo 23, se le aplicará la sanción prevista para el delito culposo.⁵⁷⁹

Estado de Nayarit

**Código Penal para el Estado de Nayarit
LIBRO PRIMERO
TÍTULO PRIMERO
CAPÍTULO II Tentativa**

Artículo 12. Hay tentativa punible aún en los casos de delito imposible, cuando la imposibilidad resulta del objeto en que se quiso ejecutar o del uso de medios no idóneos para consumarlo, debido al error del agente, si el error deriva de notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no es punible.

CAPÍTULO IV

Circunstancias excluyentes de incriminación

Artículo 15. Son circunstancias excluyentes de incriminación:

...

VI. Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el infractor las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar;

⁵⁷⁹ Artículo 65. En caso de error vencible sobre alguno de los supuestos señalados en la fracción X del artículo 23, se impondrá la sanción prevista para los delitos culposos.

Estado de Nuevo León

Código Penal para el Estado de Nuevo León

LIBRO PRIMERO
Parte general
TÍTULO SEGUNDO
Del Delito
CAPÍTULO II
Causas de justificación

Artículo 19. Cuando por error o accidente, el delito recaer en persona distinta de aquella contra la cual se dirigía, ni se justifica el hecho, ni se disminuye la sanción, sino que será considerado de acuerdo con las circunstancias en que fue cometido.

CAPÍTULO V
Causas de Inculpabilidad

Artículo 30. No es responsable:

...

V. El que obrare en la creencia errada e invencible de que es lícita su conducta, en virtud de las circunstancias en que actúa.

VI. El que ejecute un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar.

Estado de Oaxaca
Código Penal para el Estado de Oaxaca
LIBRO PRIMERO
TÍTULO SEGUNDO
Del hecho típico
CAPÍTULO III
De las causas de exclusión del delito

Artículo 14. El delito se excluye cuando:

...

VIII. Se realice la acción u omisión bajo un error invencible:

a).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b).- Respecto de la licitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 64 de este Código.⁵⁸⁰

⁵⁸⁰ Artículo 64. El error vencible sobre la materia: del inciso a) de la fracción VIII del artículo 14, se sancionará desde la cuarta parte del mínimo a la cuarta parte del máximo que corresponda al delito doloso de que se trate; y del inciso b) de la mencionada fracción, la punibilidad va de una tercera parte del mínimo a la tercera parte del máximo del respectivo delito doloso.

Estado de Puebla

Código de Defensa Social para el Estado de Puebla

LIBRO PRIMERO

Disposiciones generales

CAPÍTULO QUINTO

Causas de exclusión del delito

Artículo 26. Son causas de exclusión del delito:

...

XI. Realizar la acción o la omisión bajo un error invencible:

a).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o,

b).- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la Ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si el error es vencible se sancionará conforme a lo dispuesto en el artículo 99 bis de éste Código.⁵⁸¹

Estado de Querétaro

Código Penal para el Estado de Querétaro

LIBRO PRIMERO

TÍTULO SEGUNDO

El hecho delictivo

CAPÍTULO X

Causas de inexistencia de delito

Artículo 25. Son causas de inexistencia de delito:

...

XII. Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o, por error igualmente invencible, estime el sujeto activo que su conducta es lícita porque crea que está amparada por una causa de justificación o porque desconozca la existencia de la Ley o el alcance de ésta.

Si el error es vencible se estará a lo dispuesto por el Artículo 80 de este Código.⁵⁸²

Estado de Quintana Roo

Código Penal para el Estado de Quintana Roo

LIBRO PRIMERO

TÍTULO SEGUNDO

El hecho punible

CAPÍTULO V

Causas excluyentes de incriminación

Artículo 20. No hay delito cuando:

...

X. Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o, por error igualmente invencible, estime el sujeto activo que su conducta

⁵⁸¹ Artículo 99 bis. en caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción XI del artículo 26 sea vencible, la punibilidad será la del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización; si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la punibilidad será hasta de las dos terceras partes del delito de que se trate.

⁵⁸² Artículo 80. Cuando los errores a que se refiere la fracción XII del Artículo 25 de esta Ley sean vencibles, se impondrá al sujeto que se encuentra en dicha situación hasta una mitad de las penas previstas al delito de que se trate.

está amparada por una causa de licitud, o cuando el hecho se realice por error invencible sobre la existencia de la Ley o del alcance de ésta.
Si el error es vencible, se estará a lo dispuesto por el Artículo 56 de este Código;⁵⁸³

Estado de San Luis Potosí

Código Penal para el Estado de San Luis Potosí

PARTE GENERAL

TÍTULO SEGUNDO

Delito y responsabilidad

CAPÍTULO VI

Circunstancias excluyentes de responsabilidad penal

Artículo 17. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

...

X. Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

No se excluye la responsabilidad si el error es vencible.

Artículo 60. Cuando el hecho delictuoso se realice por error invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud de la diferencia cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso.

Estado de Sinaloa

Código Penal para el Estado de Sinaloa

LIBRO PRIMERO

Parte general

TÍTULO SEGUNDO

Del delito

CAPÍTULO VI

Causas excluyentes del delito

Artículo 26. El delito se excluye cuando:

...

X. Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal o que por el mismo error estime el sujeto activo que su conducta está amparada por una causa de licitud. Si el error es vencible, se estará a lo dispuesto por el artículo 85 de este código;⁵⁸⁴

⁵⁸³ Artículo 56. Cuando los errores a que se refiere la Fracción X del Artículo 20 de este Código sean vencibles, se impondrá al sujeto que se encuentre en dicha situación hasta una mitad de las penas previstas para el delito de que se trate.

⁵⁸⁴ Artículo 85. Cuando el sujeto realice el hecho en situación de error vencible, se le impondrá hasta las dos terceras partes de la sanción establecida para el delito de que se trate.

Estado de Sonora

Código Penal del Estado de Sonora

LIBRO PRIMERO

TÍTULO PRIMERO

Responsabilidad penal

CAPÍTULO I

Reglas generales sobre delitos y responsabilidades

Artículo 7o. La comprobación de las modalidades de la responsabilidad penal y los grados de la culpabilidad se determinarán mediante la valoración que conforme a derecho se haga de las pruebas dentro del procedimiento. En caso que se determine la existencia de dolo, es decir, de intención, no se considerará extinguida tal forma de culpabilidad, aunque se pruebe lo siguiente:

- I. Que crea que era legítimo el fin que se propuso;
- II. Que erró sobre la persona o cosa en que se propuso cometer el delito; y
- III. Que obró con el consentimiento del ofendido.

Cuando alguien por error, cometa un delito en perjuicio de persona distinta de aquélla contra la que iba dirigida su acción u omisión, no serán puestas a su cargo las circunstancias que deriven de la cualidad del ofendido, siendo en cambio valoradas, para los efectos de la sanción, las circunstancias subjetivas en las que deliberó y ejecutó el delito, así como las cualidades inherentes a la persona contra la que dirigía su conducta.

Artículo 13. Son causas excluyentes de responsabilidad:

...

XI. Realizar la acción u omisión bajo un error invencible, respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal del tipo.

No se excluye la responsabilidad si el error es vencible, en cuyo caso existirá responsabilidad a título de culpa, si el hecho de que se trate admite dicha forma de realización.

Estado de Tabasco

Código Penal para el Estado de Tabasco

LIBRO PRIMERO

Parte General

TÍTULO SEGUNDO

El Delito

CAPÍTULO V

Excluyentes de incriminación penal

Artículo 14. La incriminación penal se excluye cuando:

...

X. Se realiza la acción o la omisión bajo un error invencible sobre:

- a).- Alguno de los elementos objetivos del hecho típico.
- b).- La ilicitud de la conducta ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.⁵⁸⁵

⁵⁸⁵ Artículo 65. En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción X del Artículo 14, sea vencible, se impondrá la punibilidad prevista para el delito culposo, siempre y cuando el correspondiente delito se encuentre previsto en el Artículo 61.

Estado de Tamaulipas

Código Penal para el Estado de Tamaulipas
LIBRO PRIMERO
Parte General
TÍTULO TERCERO
Causas que excluyen el delito y la responsabilidad
CAPÍTULO II
Causas de Justificación

Artículo 32. Son causas de justificación:

...

VII. Obrar por error substancial e invencible de hecho que no derive de culpa.

Artículo 33. No se justifica el hecho, ni se disminuye la sanción, cuando, por error o accidente, en el golpe o en la persona, se realice una conducta punible, por lo que será considerado de acuerdo con las circunstancias en que fue cometido.

Estado de Tlaxcala

Código Penal para el Estado de Tlaxcala

LIBRO PRIMERO
Disposiciones Generales
TÍTULO PRIMERO
CAPÍTULO IV
Circunstancias excluyentes de responsabilidad

Artículo 14. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

...

VII. Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar.

Estado de Veracruz

Podemos observar, por ejemplo, lo que sucede con el error, en el que los alcances que le da la legislación penal federal son diferentes a los que le dan algunas de las legislaciones locales como sucede, por ejemplo, con el Código penal de Veracruz.

Código Penal para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave

LIBRO PRIMERO

Artículo 66. Al que por error venecible, actúe bajo la creencia errónea de que su conducta se encuentra amparada por alguna de las excluyentes de incriminación previstas en las fracciones IV a VIII y XI del Artículo 14, se le aplicará la tercera parte de la sanción que corresponda al delito que se trate.

La misma sanción se impondrá a quien por error venecible se exceda en alguna de las excluyentes de incriminación previstas en las fracciones IV a VII del Artículo 14.

TÍTULO SEGUNDO
El Delito
CAPÍTULO III
Error

Artículo 22. A quien cometa un delito por error en perjuicio de persona distinta de aquella contra la que iba dirigida su acción, no le serán aplicables las circunstancias que deriven de la cualidad del ofendido, salvo para efectos de la reparación del daño, siendo en cambio valuadas, para los efectos de la sanción, las particularidades subjetivas en las que deliberó y ejecutó el delito.

CAPÍTULO IV
Causas que excluyen el delito

Artículo 26. Son causas de inculpabilidad:

- III. Que el agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible sobre:
- a).- Alguno de los elementos objetivos que integran el tipo penal; o
 - b).- La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si el error es vencible, será responsable a título de culpa si el tipo legal admite ésta;

Estado de Yucatán

El Estado de Yucatán no legisla sobre error.

Código Penal del Estado de Yucatán
LIBRO PRIMERO
Parte general
TÍTULO TERCERO
De los delitos y la responsabilidad
CAPÍTULO VII
Causas de exclusión del delito

- Artículo 21.** El delito se excluirá cuando:
- I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;
 - II. No se acredite el cuerpo del delito;
 - III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:
 - a).- Que el bien jurídico sea disponible;
 - b).- Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, y
 - c).- Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio, o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar sin derecho al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que ésta tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes

propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente activo del delito, lesionando otro bien de menor o igual jerarquía que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente activo del delito no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro;

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 93 de este Código;

VIII. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que efectuó, y

IX. El resultado típico se produzca por caso fortuito.

Estado de Zacatecas

Código Penal para el Estado de Zacatecas

LIBRO PRIMERO

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO IV

Circunstancias excluyentes de responsabilidad

Artículo 13. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad:

...

X. Realizar la acción o la omisión bajo un error insuperable respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la tipificación legal, o que por error, igualmente insuperable, estime el sujeto activo que su conducta está amparada por una causa de licitud. Asimismo se excluye la responsabilidad, cuando la acción o la omisión se realicen por error insuperable sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta.

Artículo 14. Al que se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho u obediencia jerárquica, a que se refieren respectivamente las fracciones III, IV, VI y VII del artículo 13, será sancionado hasta con la mitad de la pena correspondiente al delito cometido.

Igual sanción se aplicará en caso de error superable a que se refiere la segunda parte de la fracción X del artículo 13.

APÉNDICE II

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE EL ERROR

ALEMANIA

Art. 16 (Error de hecho).

(1) No obra con dolo el que cometiére el hecho ignorando una circunstancia que pertenecía al tipo legal. Subsistirá, en su caso, la punibilidad a título de acción culposa.

(2) El que cometiére el hecho admitiendo por error la existencia de circunstancias que realizarían el tipo de una ley más benigna, sólo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a lo preceptuado en la ley más benigna.

Art. 17 (Error de derecho)

Obrará sin culpa el que no tuviere conocimiento de la ilicitud del acto en el momento de su comisión, siempre que el error fuese inevitable. Si el agente pudo evitar el error podrá atenuarse la pena, conforme a lo dispuesto en el art. 49, inc. 1.

ARGENTINA

Título 5: Imputabilidad

34. No son punibles:

1. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso;

2. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;
3. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;
4. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;
5. El que obrare en virtud de obediencia debida;
6. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:
 - a) Agresión legítima;
 - b) Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo;
 - c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

7. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

BÉLGICA

CHAPITRE VIII. - DES CAUSES DE JUSTIFICATION ET D'EXCUSE

70.- Il n'y a pas d'infraction, lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité.

71. - Il n'y a pas de l'infraction, lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.

72 à 77. - [...]

78. - Nul crime ou délit ne peut être excuse, si ce n'est dans les cas déterminés par la loi.⁵⁶⁶

CANADÁ

19. Ignorance of the law - Ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence.

CHILE

Artículo 1°.- Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.

Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario.

Artículo 5°.- La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código.

Párrafo 2. De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal

Artículo 10.- Están exentos de responsabilidad criminal:

1°.- El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se haya privado totalmente de razón.

2°.- El menor de dieciséis años.

3°.- El mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento.

4° El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

⁵⁶⁶ CAPÍTULO VIII. - CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y EXCUSA 70.-él no hay infracción, cuando el hecho está ordenado por la autoridad. 71. no hay infracción, cuando el acusado o el reo estaba en estado de demencia en el momento del hecho, o cuando es obligado por una fuerza la cual no pudo resistir. 72 77. - [...]. 78. - Nulo crimen o delito puede ser excusa, si no está en los casos determinados por la ley.

Primera. Agresión ilegítima.

Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo.

Tercera.- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

5.- El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.

6°. - El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurran las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4° y 5° precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor; respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1° del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 365, inciso segundo, 390, 391, 433 y 436 de este Código.

7°.- El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

1°. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.

2°. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

3°. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

8°. El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente.

9° El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.

10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

11. Derogado.

12. El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable.

13. El que cometiére un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley.

COSTA RICA

ARTÍCULO 34.-

Error de hecho

No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.

Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

Artículo 35.-

Error de derecho.

No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena.

Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79.

CUBA

SECCIÓN CUARTA

EL ERROR

Artículo 23. 1. Está exento de responsabilidad penal el que realiza el acto prohibido bajo la influencia de un error relativo a uno de sus elementos constitutivos, o habiendo supuesto, equivocadamente, la concurrencia de alguna circunstancia que, de haber existido en realidad, lo habría convertido en ilícito.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no es aplicable cuando se trate de delitos cometidos por imprudencia, y el error se deba a la imprudencia misma del agente.

Artículo 24. Cuando por error o por otro accidente se comete un delito en perjuicio de persona distinta de aquélla contra quien iba dirigida la acción, no se tiene en cuenta la condición de la víctima para aumentar la gravedad de la sanción.

ESPAÑA

LIBRO PRIMERO

Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal

TÍTULO PRIMERO

De la infracción penal

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS DELITOS Y FALTAS

Artículo 10. Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.

Artículo 11. Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Artículo 12. Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.

Artículo 13. 1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.

2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos graves.

3. Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve.

4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave.

Artículo 14. 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

ESTADOS UNIDOS

MODEL PENAL CODE (1962)

Section 2.04. Ignorance or Mistake.

(1) Ignorance or mistake as to a matter of fact or law is a defense if:

- (a) the ignorance or mistake negatives the purpose, knowledge, belief, recklessness or negligence required to establish a material element of the offense; or
- (b) the law provides that the state of mind established by such ignorance or mistake constitutes a defense.

(2) Although ignorance or mistake would otherwise afford a defense to the offense charged, the defense is not available if the defendant would be guilty of another offense had the situation been as he supposed. In such case, however, the ignorance or mistake of the defendant shall reduce the grade and degree of the offense of which he may be convicted to those of the offense of which he would be guilty had the situation been as he supposed.

(3) A belief that conduct does not legally constitute an offense is a defense to a prosecution for that offense based upon such conduct when:

- (a) the statute or other enactment defining the offense is not known to the actor and has not been published or otherwise reasonably made available prior to the conduct alleged; or
- (b) he acts in reasonable reliance upon an official statement of the law, afterward determined to be invalid or erroneous, contained in (i) a statute or other (iii) an administrative order or grant of permission; or (iv) an official interpretation of the public officer or body charged by law with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offense.⁵⁸⁷

⁵⁸⁷ Sección 2.04. Ignorancia o error. La ignorancia o el error en cuanto a una cuestión de factor o de ley es una defensa si: (a) las negativas de la ignorancia o del error el propósito, el conocimiento, la creencia, la irresponsabilidad o la negligencia requeridos para establecer un elemento material de la ofensa; o (b) la ley proporciona que el estado de la mente establecido por tal ignorancia o error constituye una defensa. (2) Aunque la ignorancia o el error produciría de otra manera una defensa a la ofensa cargada, la defensa no está disponible si el demandado fuera culpable de otra ofensa y ésta no fuera como él supuso. En tal caso, sin embargo, la ignorancia o el error del demandado reducirá el grado y el grado de la ofensa por la cual él puede ser condenado a los de la ofensa de la cual él sería culpable de acuerdo como él supuso. (3) Una creencia que la conducta legalmente no constituye una ofensa es una defensa a un procesamiento para esa ofensa basada sobre tal conducta cuando: (a) el estatuto o la otra promulgación que define la ofensa no la sabe el agente y no se ha publicado ni de otra manera razonablemente se ha hecho disponible antes de la conducta alegada; o (b) él actúa en confianza razonable sobre una declaración oficial de la ley, cuya interpretación es inválida o errónea, contenido en (i) un estatuto u otro (iii) una orden o una concesión administrativa del permiso; o (iv) una interpretación oficial del oficial o del cuerpo público cargo por ley con la responsabilidad de la interpretación, de la administración o de la aplicación de la ley definiendo la ofensa.

FRANCIA

Código Penal

Art. 122 - 3 No se considerará penalmente a quien invoque a su favor un error que le impida inevitablemente cumplir con la norma o con el acto.

ITALIA

Código Penal

Artículo 5.- no se podrá invocar como propia excusa la ignorancia de la ley penal.

Art. 47- Error de hecho

El error sobre el hecho que constituye el delito excluye la punibilidad del agente. A pesar de que se trate de un error determinado por la culpa, la punibilidad no se excluye, cuando el hecho está previsto en la ley como delito culposo.

El error sobre el hecho que constituye un determinado delito no excluye la punibilidad por un delito distinto.

El error sobre una ley distinta a la ley penal excluye la punibilidad, cuando ha ocasionado un error sobre el hecho que constituye un delito.

PERÚ

TITULO II DEL HECHO PUNIBLE CAPITULO I BASES DE LA PUNIBILIDAD

Artículo 14.- Error de tipo y error de prohibición

El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

Artículo 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

VENEZUELA

Código Penal

Artículo 60.- La ignorancia de la ley no excusa ningún delito ni falta.

Fuentes de Consulta

Bibliografía

- AGUDELO BETANCUR, Nodier, *La Defensa putativa en el nuevo Código Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, 95 pp.
- ALCHOURRÓN, Carlos y Butygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las Normas Jurídicas*, Distribuciones Fontamara, México, 1997.
- ALTAVILLA, Enrico, *La Culpa*, reimpresión de la 4ª ed., Temis, Bogotá, 1999, pp. 483.
- ANTOLISEI, Francisco, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 8ª ed., Temis, Bogotá, 1988, 614 pp.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 10ª ed., Porrúa, (colección "Sepan Cuantos..." núm. 70) México, 1982.
- ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, 4ª ed., Oxford, Great Britain, 2005.
- BACIGALUPO Enrique, *Tipo y Error*, 3ª edición ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, 221 pp.
- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., McGraw Hill, México, 2004, pp. 638.
- BERCHELMANN Arizpe, Antonio, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Porrúa, 2004, pp. 1118.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Derecho Penal Español*, Tomo I, *El sistema de la parte general*, Vol. 2, *La estructura del delito*, Bosch, Barcelona, 2005.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El jurista y el simulador del derecho*, 5ª ed., Porrúa, México, 1997, 108 pp.
- , *Las Garantías Individuales*, Porrúa, 21ª ed., México, 1988, 773 pp.
- CALDERÓN, A. y CHOCLÁN J.A., *Derecho Penal*, Tomo I, *Parte General*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 582.
- CARDENAL MONTRAVIETA, Sergi, *El Tipo penal en Belling y los Neokantianos*, PPU, Barcelona, 2002, 571 pp.

- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl, *Delito de enriquecimiento ilícito ante la Suprema Corte*, Porrúa, México.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Y RAÚL CARRANCA Y RIVAS, *Código Penal Anotado*, 23ª ed., Porrúa, México, 2000, 1231 pp.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Porrúa, México, 1988, 1088 pp.
- CARRARA, Francesco, *Derecho Penal*, Oxford University Press, (col. Biblioteca Clásicos del Derecho Penal), México, 1999, pp. 230.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 27ª ed., Porrúa, México, 1989 pp.
- CASTRO MORENO, Abraham, *El error sobre las circunstancias atenuantes: El error sobre las circunstancias atenuantes genéricas modificativas de la responsabilidad y sobre los elementos accidentales de los tipos privilegiados*, tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 91 pp.
- CEREZO MIR, José., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tomo II *Teoría Jurídica del Delito*., 6ª ed., Técno, Madrid, 2000, 404 pp.
- *Parte General*, Tomo I, 5ª ed., Técno, España, 2000, 247 pp.
- CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael, *El Dominio del hecho*, Porrúa, 2006, pp.
- Código de Hammurabi*, 1ª. Reimpresión, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992, 319 pp.
- CRACKNELL, *Criminal Law*, 4th ed., Old Bailey Press, London, 2003.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, 546 pp.
- DAZA GÓMEZ, Carlos, *Teoría General del Delito*, 2ª reimpresión, Cárdenas Editor, México, 2001, 444 pp.
- DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma Teológica (selección)*, 15ª ed., Espasa – Calpe, (colección Austral), México, 1989.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, *Derecho Penal, parte general: Conceptos, principios y fundamentos del Derecho Penal Mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social*, Porrúa, México, 2003, 421 pp.
- , *Dolo (Causatismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México)*, Porrúa, México, 2000, 270 pp.

- _____, *et al.*, *Las ciencias penales y el homicidio del cardenal Posadas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p.102.
- _____, *et al.*, *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.
- _____, *Teoría del Delito*, Straf, México, 2006, pp. 340.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Historia del Derecho Penal y Procesal Penal mexicanos*, Tomo I, Porrúa, México, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*, 4ª ed., Trotta, España, 2000, 991 pp.
- FERRI, Enrico, *Defensas Penales*, 6ª ed. (trad. Jorge Guerrero), Temis, Bogotá, 2000, 398 pp.
- FELIP I SABORIT, David, *Error Iuris: El Conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal* atelier Serie Mayor, Barcelona, 289 pp.
- FERNÁNDEZ DOBLADO, Luis, *Culpabilidad y error*, México, 1950.
- FLETCHER, George P., *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Tirant lo blanch, (trad. Francisco Muñoz Conde) (col. B Teoría) , Valencia, España, 1997, pp. 307.
- _____, *En defensa propia, (sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales)*, Tirant lo Blanch (trad Francisco Muñoz Conde y Fernando Rodríguez Marín, Valencia, 1992, pp. 359.
- FLORES MENDOZA, Fátima, *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2004, pp. 151.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal, introducción y parte general*, 16ª ed., (actualizado por Guillermo A.C. Ledesma), Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, 685 pp.
- FRANCO GUZMÁN, Ricardo, *Delito e injusto*. México. 1950, 203 pp.
- _____, *Derecho Penal I y II Apuntes de Cátedra*, Facultad de Derecho, UNAM, 1989.
- _____, *et al.*, *Estudios en Homenaje a la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, 1ª. ed., Porrúa, México, 2001.
- _____, *La subjetividad en la ilicitud*, Cajica, México, 1959. pp.186.

- _____, *Teoría de la Culpabilidad Apuntes de Cátedra*, Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM, febrero-junio 2001.
- _____, *et al, Raúl Cervantes Ahumada, cincuenta años de docencia universitaria*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, pp. 511 – 520.
- FRISCH, Wolfgang, *et al., El error en el Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 218.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *et al, Código penal y código de procedimientos penales modelo*, UNAM, México, 2004, pp. 252.
- _____, *Delincuencia Organizada*, 3ª ed., Porrúa, México, 2002.
- _____, *El nuevo procedimiento penal mexicano, las reformas de 1993 – 2000*, 3ª ed., Porrúa, México, 2001, pp. 506.
- GARIBALDI, Gustavo E.L. y Leonardo Pitievnik, *Error y Delito*, Hammurabi, Argentina, 1995, 238 pp.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código Penal Comentado*, 13ª ed., Porrúa, México, 2002 493 pp.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 2ª ed., Porrúa, México, 2000, (traducción de Marina Gazcón).
- HERRERA, Lucio Eduardo, *El error en materia penal*, 2ª. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- HIRSCH JOACHIM, Hans, *Derecho Penal, Obras Completas*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, 260 pp.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4ª ed., UNAM – Trillas, México, 1998, pp. 400.
- JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y artículos número 11, (traducción Manuel Cancio Meliá) Colombia, 1998, 51 pp.
- _____, *Fundamentos del Derecho Penal*, (Traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos), Universidad Autónoma de Madrid, Ad-hoc, Buenos Aires, 1996, 240 pp.
- _____, *La autoría Mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, 1ª reimposición, (trad. Manuel Cancio Meliá), Universidad Externado de Colombia, Centro de

- Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, (col. Cuadernos de Conferencias y Artículos no. 15), Colombia, 2001, pp. 35.
- _____, *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, Porrúa, México, 2002.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Reforma del Derecho Penal en Alemania Parte General*, Desalma, Buenos Aires, 1976, pp. 91.
- _____, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Editorial Comares, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, España, 1993, 913 pp.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Defensa Social, legítima defensa, defensa putativa y otros temas penales*, Vol. 5, Editorial Jurídica Universitaria, (Serie Estudios Clásicos del Derecho Penal), México, 2001, pp. 186.
- _____, *La ley y el delito*, 1ª reimpresión, Editora Sudamericana, Buenos Aires, 1972, 578 pp.
- _____, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, *Filosofía y Ley Penal*, 5ª ed. actualizada, Editorial Losada, Buenos Aires, 1992 1439 pp.
- _____, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, *La culpabilidad*, 4ª ed. actualizada, Editorial Losada, Buenos Aires, 1992 1152 pp.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, tomo I, 6ª ed., Porrúa, México, 2000.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Elementos de Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 2006, pp. 1093.
- _____, *Fundamentos de la teoría general del hecho punible*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, 223 pp.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, 10ª ed., México, 1998, 364 pp.
- KINDHÄUSER, Urs, *Derecho Penal de la Culpabilidad y Conducta Peligrosa*, Traducción de Claudia López Díaz), Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colombia, 2001, 140 pp.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y Conocimiento*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, 319 pp.
- LLANO, Carlos, *Etiología del Error Apéndices de Santo Tomás de Aquino sobre la Falsedad y el Error*, Eunsa, Pamplona, 2004, 108 pp.

- LONDOÑO BERRÍO, Hernando, *El Error en la moderna Teoría del Delito*, Temis, Bogotá, 1982.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, 1ª reimpresión, Universitas, Madrid, 1999, pp. 651.
- MADRAZO, Carlos A., *La Reforma penal (1983 – 1984)*, Porrúa, México, 1989.
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal*, Vol. I, 2ª reimpresión de la 2ª edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2000.
- MANCILLA OVANDO, Jorge, *Examen de constitucionalidad de diversas leyes federales que consagran delitos*, 3ª ed., Porrúa, México, 2001
- MARGADANT S, Guillermo F., *Panorama de la historia Universal del Derecho*, 6ª ed., Miguel Ángel Editor, México, 1998.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La Imputación objetiva del Resultado*, Edersa, Madrid, 1992, 385 pp.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *et al., Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit*, INACIPE, México, 2000, 656 pp.
- _____, *Derecho Penal, parte general*, 2ª. Reimpresión, Trillas, México, 2001, 319 pp.
- _____, *Derecho Penal y Globalización*, Porrúa, México, 2001, 379 pp.
- MAURACH, Reinhart, Zipf, Gössel, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I (traducción de la 7ª, Ed. Alemana, por Jorge Bofil y Enrique Aimone), Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994, 687 pp.
- MERKEL, Adolf, *Derecho penal, Parte General* (Traducción del Alemán por Pedro Dorado Montero), B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, 298 pp.
- MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano - canónica*, FCE, 1ª ed. en español, México, 1971.
- MEZGER, Edmund, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Cárdenas Editor, México, 1990, 461 pp.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed., BdeF, Barcelona, 2004.
- MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, España, 1982, 108 pp.
- MOMMSEN, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, Temis, Bogotá, 1999. pp. 670.

- MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *El error sobre la punibilidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, 118 pp.
- MUÑOZ CONDE, Francisco., *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 703 pp.
- _____, *Teoría General del Delito*, 2ª ed., Bogotá, 1999, 191 pp.
- NANDO LEFORT, Víctor Manuel, *El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico*, 2ª. ed., Trillas, México, 1999, 136 pp.
- NAVA GARCÉS, Alberto Enrique, *Análisis de los delitos informáticos*, Porrúa, México, 2005, pp. 145.
- NIETO MARTÍN, Adán, *El Conocimiento del Derecho: Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Atelier, Barcelona, 1999, 287 pp.
- OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, Traducción Ernesto Garzón Valdés, 5ª. ed., México, 1999.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Breve ensayo sobre la tentativa*, 4ª ed., Porrúa, 1989, 195 pp.
- _____, *Derecho Penal Mexicano*, 8ª ed., Porrúa, México, 1987.
- _____, *Derecho Penal Mexicano*, 15ª ed., Porrúa, México, 2000, 652 pp.
- _____, et al, "El error inculpable en la ley penal" *Libro homenaje al Dr. Sergio García Ramírez, Liber ad Honorem*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo 2, México, 1998.
- _____, *Imputabilidad e inimputabilidad*, 3ª ed., Porrúa, México, 1993, 137 pp.
- PLATÓN, *Diálogos*, 29ª ed., Porrúa, (colección "Sepan Cuantos..." núm. 13 B) México, 2005.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal tomo I fundamentos científicos del derecho penal*, 4ª ed., totalmente renovada y actualizada, Bosch, Barcelona, España, 2001, 627 pp.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal*, 18ª ed., Porrúa, México, 1999, 508 pp.
- _____, *Programa de Derecho Penal*, 3ª ed., Trillas, México, 1990, 953.

- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, Distribuciones Fontamara, México., 1997.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El Dolo y su prueba en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, 566 pp.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Culpabilidad*, Temis, Bogotá, 1999, 230 pp.
- REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Teoría General del Delito*, 3ª ed., Porrúa, México, 1998.
- ROMÁN QUIROZ, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, Porrúa, México, 2000, 321 pp.
- ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho penal*, 7ª edición, (Traducción de la 7ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras), Marcial Pons, Barcelona, 2000, 782 pp.
- , *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura del delito*, 1ª. reimpresión, Civitas, trad. Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, 1997, 1071 pp.
- , *Teoría del Tipo Penal, (Tipos abiertos y elementos del deber jurídico)*, De Palma, Buenos Aires 1979, 303 pp.
- , *Problemas actuales de dogmática penal*, Ara editores, (trad. Manuel Abanto Vázquez) (col. Derecho Penal Contemporáneo), Perú, 2004, pp. 243.
- RUSCONI, Maximiliano A., *Los límites del tipo penal, un análisis de la tipicidad conglobante*, Ad Hoc, Argentina, 1992, 110 pp.
- SAAVEDRA Modesto, *Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica*, Distribuciones Fontamara, México, 1994.
- SANCINETTI, Marcelo A., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del derecho, Colombia, 1996, 791 pp.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal, Parte General I, El hecho punible*, Thomson - Civitas, (traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), Navarra, 2005, pp.479.
- SCHÜNEMANN, Bernd, et al, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Civitas, Barcelona, 2000, pp. 207.
- TORRES LÓPEZ, Mario Alberto, *Teoría y práctica de los delitos fiscales*, Porrúa, México, 2000, pp. 280.

TRAPERO BARREALES, María, *El error en las causas de justificación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, 693 pp.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *La legitimidad del Derecho Penal, equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, 200 pp.

VELA TREVIÑO, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad*, Teoría del Delito, Trillas, 2ª ed., México, 1990, 415 pp.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 4ª edición, Reus, (traducida de la 18ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa), Madrid, 1999 pp.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 4ª edición castellana (de la 11ª edición original), Editorial Jurídica de Chile, 1997, 343 pp.

—————, *El nuevo sistema del Derecho Penal Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (traducción de José Cerezo Mir), B d F, Buenos Aires Argentina, 2001, 201 pp.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986, 857 pp.

—————, *et al.*, *Derecho Penal, Parte General*, 1ª ed., Porrúa, México, 2001, 1017 pp.

Hemerografía

DAZA GÓMEZ, Carlos, "El funcionalismo, hoy" en *Criminalia*, Año LXV, núm. 3, septiembre - diciembre, Porrúa, México, 1999, pp. 133- 146.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, "La regulación del error en la legislación penal mexicana" en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales A.C., Número especial 1, Agosto de 1999. pp. 77 - 92.

Legislación

Nacional.

Código Federal de Procedimientos Penales, Sista, México, 2006.

Código penal del estado de Yucatán, Porrúa, México, 2003.

Código Penal Federal, Sista, México, 2007.

(Nuevo) Código Penal para el Distrito Federal (gaceta oficial del Gobierno del Distrito Federal 16 de julio de 2002).

Código penal modelo, García Ramírez, Sergio, *et al*, UNAM, México, 2004.

Extranjera.

Código Penal Alemán. Strafgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, (traducida por la profesora Claudia López Díaz), Munich, 1998.

Código Penal chileno, Ediciones Publibley, Chile, 1999.

Código Penal español, Civitas, España, 1999.

Código Penal de Canadá. 2005.

Código Penal de Costa Rica. 2005.

Código Penal francés, Dalloz, Francia, 2002.

Codice Penale e normativa complementare, 2006 – 2007, 10ª. Ed., Raffaello Cortina Editore, (Italia).

Ley Penal No. 62 Código Penal, Cuba, Divulgación Ministerio de Justicia, Cuba, 1977.

Leyes penales de Inglaterra. 2005.

Model Penal Code (1962), Foundation Press, New York, New York, Estados Unidos, 2002.

Diccionarios y Enciclopedias.

FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, España, 1ª Reimpresión, 2001.

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª ed., Madrid, 2001.

QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Diccionario Básico de la Ciencia Penal Moderna*, Edición del autor, México, 2001, 118 pp.

QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª ed., Magister Editorial, México, 2006, 584 pp.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª ed., Porrúa, México, 1999, 1126 pp.

Fuentes electrónicas.

Código Penal, 2ª. Versión, CD Rom, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1999.

Jurisprudencia y Tesis aisladas IUS 2000, CD Rom, disco compacto (2), Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2000.

Legislación Penal, (32 códigos penales locales y el federal), CD Rom, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003.

<http://www.scjn.gob.mx>

<http://www.unifr.ch/derechopenal/>

<http://www.diritto.it>